

## SOBRE EL CONTENIDO Y LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL ESPAÑOL TRAS LA LO 5/2000 Y LA LO 7/2000

BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ \*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. EL DERECHO PENAL EN SENTIDO Estricto o PROPIO COMO UN ORDENAMIENTO DE CULPABILIDAD Y PENAS. III. EL DERECHO PENAL EN SENTIDO AMPLIO O IMPROPIO. LA RESPONSABILIDAD PENAL Y LAS CONSECUENCIAS PENALES DISTINTAS A LA PENA. 1. Las consecuencias accesorias (comiso y consecuencias específicas para empresas y personas jurídicas). 2. Las medidas de seguridad postdelictivas para inimputables peligrosos. 3. Especial referencia al nuevo Derecho Penal de menores de edad. 4. Fundamentación de la distinción entre Derecho Penal en sentido estricto o propio (culpabilidad) y Derecho Penal en sentido amplio o impropio (responsabilidad). IV. CONSECUENCIAS QUE NO PERTENECEN AL DERECHO PENAL. 1. La responsabilidad civil. 2. Otras medidas preventivas. 2.1. *Medidas preventivas predelictivas*. 2.2. *¿Existe un «Derecho penal del enemigo» en el Derecho Penal español?* 2.3. *Conclusión*. V. *¿SE DEBE PROMOCIONAR UN «DERECHO PENAL DE DOS VELOCIDADES»?* VI. REFLEXIONES FINALES.

### I. INTRODUCCIÓN

Cuando se intenta definir qué es el Derecho Penal desde la perspectiva del ordenamiento vigente no se suele poder ir más allá de conceptos formales y definiciones tautológicas del siguiente tenor: Se trata del sector del ordenamiento jurídico o el conjunto de normas jurídicas que define delitos y faltas y prevé o asocia como consecuencia de la comisión de dichos delitos o faltas la imposición de penas y otras consecuencias penales o se trata del sector del ordenamiento jurídico que contiene las reglas jurídicas relativas a las infracciones penales y sus correspondientes consecuencias jurídicas.

---

\* Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid.

Las normas que configuran el Derecho Penal no tienen ninguna peculiaridad especial como normas de Derecho Público. La estructura lógico-formal de las normas jurídico-penales es la de una proposición compuesta de dos elementos: supuesto de hecho y consecuencia jurídica. La norma es esencialmente un mensaje prescriptivo que se presenta desde la perspectiva lingüístico-formal como una proposición. Dicha proposición está articulada como proposición hipotética o de deber ser: dado el supuesto de hecho debe darse la consecuencia jurídica. Lo que caracteriza a una norma como una norma penal es que la consecuencia jurídica es una pena u otro tipo de consecuencia jurídico-penal. Por tanto, pertenecen al Derecho Penal aquellas normas que contemplan que dado un supuesto de hecho se debe imponer una consecuencia jurídico-penal.

La cuestión central pasa a ser, pues, qué consecuencias pertenecen al Derecho Penal para poder determinar el contenido y alcance del mismo. Expresiones legales o doctrinales como responsabilidad penal del menor, responsabilidad penal de personas jurídicas o la referencia a la reparación como tercera vía de responsabilidad penal (junto a las penas y las medidas de seguridad) resultan demasiado ambiguas, sobre todo cuando el código vigente utiliza la expresión responsabilidad criminal para referirse a la culpabilidad (arts. 14, 19 ss.). Esta cuestión académica tradicional cobra hoy en día una nueva relevancia tras las continuas modificaciones que va sufriendo el Código Penal de 1995 –la última de 22 de diciembre– y, principalmente, ante la entrada en vigor a partir del 14 de enero de 2001 de una ley tan importante como la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. En este trabajo se pretenden esbozar algunas reflexiones sobre el perfil del actual ordenamiento jurídico-penal español realizando, si se me permite el símil, una visión aérea del estado a fecha de hoy de ese campo del ordenamiento jurídico que denominamos como Derecho Penal.

Se ha optado por una perspectiva funcional o descriptiva que permita tener en cuenta junto al análisis estrictamente normativo o valorativo ciertos datos fácticos de la realidad social en que nos ha tocado vivir y sin los cuales no sería posible analizar las últimas novedades del Derecho Penal español. De esta manera tomando como pretexto una reflexión académica clásica como la del contenido del Derecho Penal se pueden detectar ciertos defectos político-criminales y disfuncionalidades del Derecho Penal español vigente que ya se han puesto de manifiesto desde otras perspectivas. Las cuestiones dogmáticas clásicas, aunque sea con perspectivas nuevas, pueden seguir sirviendo para buscar nuevas vías de solución a aquellos problemas que en nuestra sociedad no queda más remedio que resolver con el Derecho Penal.

En este análisis no se debe dejar de lado alguna referencia a ciertas consecuencias que no pertenecen al Derecho Penal pero tienen algo que ver con la comisión de delitos, ya que esa referencia al entorno puede ayudar a dejar más claro cuál es el contenido del ordenamiento penal. Estas relaciones externas del Derecho Penal nos permiten entender un poco mejor qué es el Derecho Penal y cómo puede evolucionar éste. Es más, creo que sólo teniendo en cuenta el entorno del ordenamiento penal podemos entender su evolución.

La perspectiva a adoptar debe ser, pues, evidentemente material y no de tipo formal. Los criterios formales no sirven para delimitar los límites del ordenamiento penal. Por ejemplo, como ha puesto de manifiesto en sobradas ocasiones la doctrina, la aplicación por parte de un órgano jurisdiccional penal no representa un punto de partida decisivo para deslindar el Derecho Penal de otras ramas del ordenamiento jurídico. Que una consecuencia jurídica sea aplicada por un órgano jurisdiccional penal no tiene nada que ver con su naturaleza jurídica. Por ejemplo, las sanciones previstas en los arts. 181, 258, 420, 684 ó 716 de la LECrim. son claramente sanciones administrativas o la prisión provisional es una medida cautelar (art. 34.1 CP) y todas ellas van encaminadas a la buena marcha del proceso. La jurisdiccionalización de una consecuencia no prejuzga su naturaleza sustantiva. Esta referencia al órgano de aplicación supone sólo un límite en nuestro ordenamiento. Las consecuencias penales sólo pueden ser impuestas por un órgano jurisdiccional penal, aunque como se ha repetido en la literatura hasta la saciedad no toda consecuencia que impongan este tipo de órganos se merezca tal calificativo. Las restricciones de derechos o medidas preventivas de delitos que no se canalicen a través de un procedimiento penal ante un órgano de justicia penal no forman parte del sistema normativo Derecho Penal sino que pertenecen a otros sistemas formales o informales de control social. A pesar de lo dicho, no se debe ocultar que la referencia a los órganos de aplicación de las normas condiciona en muchos casos cuestiones sustantivas como se expondrá más adelante.

Como es de sobra sabido tampoco supone un argumento decisivo que se trate de consecuencias reguladas en el Código Penal. Por un lado, las consecuencias propias del Derecho Penal de menores no están contenidas en el Código Penal y, como se verá, en ésta se encuentran reguladas consecuencias como la responsabilidad civil derivada de infracción penal que no se pueden calificar como penales.

En mi opinión, como punto de partida se debe diferenciar materialmente dentro del complejo sistema normativo que representa el Derecho Penal español entre un Derecho Penal en sentido estricto o propio como un Derecho Pe-

nal de culpabilidad (se entienda ésta en el sentido que se quiera) y penas y un Derecho Penal en sentido amplio o impropio que genera otro tipo de responsabilidad penal y que utiliza otros instrumentos distintos de la pena. Estos instrumentos refuerzan los fines preventivos de la pena o bien cumplen otras funciones complementarias o fines preventivos que ésta no puede cumplir. Creo que esta perspectiva no unitaria o monista ayuda a entender mejor ese complejo sector del ordenamiento que es el Derecho Penal eludiendo definiciones puramente formales.

## II. EL DERECHO PENAL EN SENTIDO ESTRICTO O PROPIO COMO UN ORDENAMIENTO DE CULPABILIDAD Y PENAS

No plantea dudas que la pena es la consecuencia más característica del Derecho Penal. Sobre ello no hace falta insistir ya que forma parte de su esencia. La consecuencia jurídica que define y da nombre al Derecho Penal es la pena. En ella (sobre todo en la pena de prisión) es en la que pensamos cuando hablamos de Derecho Penal, nos planteamos la legitimidad del Derecho Penal o se propugna la sustitución del Derecho Penal por otros instrumentos o directamente su desaparición.

El art. 10 CP define como infracción penal (delito o falta) toda acción y omisión dolosa o imprudente penada por la ley. Ello significa, al menos, que el Derecho Penal se ocupa de comportamientos que por su lesividad social se merecen y necesitan en general o en abstracto la imposición de una pena, aunque en el caso concreto, por ejemplo, por falta de culpabilidad debida a las características del sujeto o a la situación, se considere que no cabe recurrir a dicha consecuencia jurídica.

Este Derecho Penal en sentido propio se ocupa principalmente de las acciones y omisiones dolosas o imprudentes típicas y antijurídicas (penadas por la ley –art.10 CP-) realizadas por adultos en las que no concurre la imposibilidad de comprender la ilicitud del hecho ni de actuar conforme a esa comprensión (arts. 14.3, 20.1º, 20.2º, 20.3º, 20.6º CP). Aunque no exista una referencia expresa al principio no hay pena sin culpabilidad ni éste se pueda deducir expresamente de ningún precepto del código (a pesar de ciertos intentos doctrinales) las consecuencias de dicho principio están recogidas en el Código Penal español, que es lo decisivo para el papel legítimo de la pena en la sociedad más allá de discusiones puramente nominalistas. Cuestión aparte es que se siga debatiendo cuál es el fundamento material de la culpabilidad en el plano dogmático o iusfilosófico, que es una cuestión en la que no reina el acuerdo. El desa-

rrrollo de los presupuestos de la pena y las condiciones bajo las que resulta legítima la aplicación de una pena concreta en un caso concreto corresponde a la teoría jurídica del delito que ha alcanzado un nivel extraordinario en la literatura especializada en lengua española, aunque nuestra Parte General del código, el Libro I, adolezca de una deficiente sistematización que parte de una concepción decimonónica del delito extraña al estado actual de la Ciencia del Derecho Penal española.

Este Derecho Penal al que me vengo refiriendo se ocupa de las infracciones penales realizadas culpablemente que son comportamientos a los que se les imponen penas. Sin embargo, no es posible definir desde un punto de vista ontológico o iusnaturalístico qué es un delito. Todos los intentos de construir un concepto natural u ontológico de delito han acabado fracasando. Como señaló GALLAS<sup>1</sup>, «ciertos hechos no son punibles porque sean delitos, sino que son delitos porque son punibles». No es posible, pues, otorgarle inicialmente un contenido material al Derecho Penal de culpabilidad sin tener en cuenta la función o el sentido de la pena estatal. Sólo denominamos delito a un hecho que acarrea una pena. Desde un punto de vista político-criminal a un hecho que debe acarrear una pena (hecho punible). Los presupuestos materiales, los criterios de imputación de la pena y los criterios de selección de hechos punibles dependen de los fines y del sentido de la pena estatal. En mi opinión, la pena cumple preferentemente fines preventivo-generales (no intimidatorios<sup>2</sup>), lo que diferencia esencialmente esta consecuencia penal de otras consecuencias penales como las sanciones para menores o las medidas de seguridad reguladas por fin exclusivamente en el Código Penal. La doctrina dominante española, aunque mantiene una posición ecléctica o mixta, sigue concediéndole un peso básico a los fines preventivo-generales de la pena (aunque se insista en los fines preventivo-especiales que deben ser tenidos en cuenta en el momento de determinación de la pena y, sobre todo, de ejecución de la pena privativa de libertad). En estos momentos dichos fines preventivo-generales son objeto de una intensa reformulación y discusión provocada desde hace algún tiempo por las diversas teorías de la prevención general positiva o de la prevención de integración que ha generado una situación teórica confusa que está pendiente de una futura concreción y de consenso doctrinal. El desarrollo vigente de esta cuestión acabará afectando sin lugar a dudas a la política criminal, a la construcción de la teoría jurídica del delito por parte de la doctrina y a la aplicación judicial de las normas penales. La discusión afecta a la legitimidad de este Derecho Penal en sentido estricto y propio (y en la práctica más

<sup>1</sup> *Beiträge*, pp. 2 y 11.

<sup>2</sup> FEIJOO SANCHEZ, *Injusto penal*, pp. 36 ss.

importante). No se puede olvidar que hay más de 45.000 reclusos en nuestros centros penitenciarios y ello debe tener algún sentido no meramente moral para la sociedad.

### III. EL DERECHO PENAL EN SENTIDO AMPLIO O IMPROPIO. LA RESPONSABILIDAD PENAL Y LAS CONSECUENCIAS PENALES DISTINTAS A LA PENA

El concepto legal de delito o falta como presupuesto de las penas, las medidas de seguridad y demás consecuencias penales no se corresponde con el de infracción culpable de la norma penal, sino que es más restringido. El art. 10 CP define como delito o falta las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley, debiendo entenderse penadas en abstracto o en general y no necesariamente como conductas a las que se imponen penas tras el correspondiente proceso. El concepto legal de delito se refiere a la punición legal genérica, es decir, a lo que la dogmática del Derecho Penal denomina comportamientos típicos y antijurídicos. Cuando el art. 10 CP se refiere a que son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley se está refiriendo a la conminación penal abstracta, no a la consecuencia jurídica que se debe imponer en un caso concreto<sup>3</sup>.

Esta definición legal de infracción penal no carece de relevancia. Existen una serie de consecuencias de Derecho Público que no son simplemente sanciones administrativas ya que exigen como presupuesto la comisión de una infracción penal, es decir, la comisión de un comportamiento contemplado en una ley penal (no justificado). En este sentido debería otorgarse al art. 10 CP una relevancia para definir el concepto y contenido del Derecho Penal español que no se le ha venido otorgando por parte de la doctrina que lo trata casi como un precepto superfluo o como una plasmación del principio de culpabilidad<sup>4</sup>. Este precepto determina el alcance de la responsabilidad penal a partir de los 14 años, edad a partir de la cual se empiezan a tener en cuenta intereses preventivos públicos (de

<sup>3</sup>. Lo manifestado en el texto se puede vincular con el decisivo trabajo de MIR PUIG, *ADP* 73, pp. 319 ss., en el marco del anterior Código Penal, en sentido contrario a la doctrina española dominante en ese momento.

<sup>4</sup>. Si se entiende que el art. 10 hace referencia a todos los requisitos o presupuestos necesarios para que a una persona se le pueda imponer una pena por un hecho, ello dificulta una concepción del Derecho Penal que abarque otras consecuencias distintas de las penas. Cualquier definición del contenido del Derecho Penal vigente debe conllevar una exégesis sistemática del concepto legal de delito o falta (que engloba las modalidades dolosas e imprudentes, tratándolas de forma unitaria).

las víctimas potenciales) cuando un sujeto realiza una acción u omisión dolosa o imprudente, tipificada como delito o falta y antijurídica<sup>5</sup>.

A partir de este presupuesto se puede afirmar que además de la pena las consecuencias penales son las medidas de seguridad postdelictivas<sup>6</sup>, las consecuencias accesorias (comiso y consecuencias específicas para empresas y personas jurídicas) y las sanciones para menores entre 14 y 18 años (evidentemente también para jóvenes –arts. 69 CP y 4 LO 5/2000-). El Derecho Penal español considera parte integrante de dicho ordenamiento toda consecuencia orientada a la prevención de delitos que presupone la comisión de un hecho típico y antijurídico<sup>7</sup>. Por ello en el art. 19.2 CP o en la LO 5/2000 se hace referencia a la *responsabilidad penal del menor de edad penal*.

La definición de dichas consecuencias de la infracción penal como consecuencias pertenecientes al Derecho Penal no aumenta necesariamente el carácter garantista de las mismas, aunque este haya sido el principal interés que ha guiado a la doctrina dominante al ocuparse de estas cuestiones. En un Estado de Derecho las garantías se

---

<sup>5</sup>. La Exposición de Motivos de la LO 5/2000 argumenta (punto 4) que las infracciones cometidas por los niños menores de 14 años «son en general irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquellas pueden producir alarma social, son suficientes para darle una respuesta igualmente adecuada los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado». A pesar de lo que diga la ley de responsabilidad penal de los menores de edad, sólo por debajo de los catorce años se tiene en cuenta en exclusiva el superior interés del menor y no el de la sociedad. Por ello quedan fuera del control penal. Como se puede apreciar en dicha Exposición de Motivos, el límite de la responsabilidad penal no depende de consideraciones sobre la capacidad de culpabilidad (de comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a esa comprensión) o la capacidad de discernimiento, sino de las necesidades preventivas de una determinada sociedad. El Derecho Penal se va diferenciando por razones preventivas.

En nuestra doctrina SILVA SANCHEZ, *El nuevo Código Penal*, pp. 170, nota 417, 181 s., 185 s., con nota 441, ha planteado la conveniencia de estos límites mínimos por razones garantistas así como por la importancia que tiene el dato de que el menor de 14 años ha realizado un hecho antijurídico.

<sup>6</sup>. Matizo con ello mi posición anterior manifestada en *Injusto penal*, pp. 30 ss., con más referencias. Allí pensaba todavía en un Derecho Penal en un sentido más genérico con una función única vinculada a la finalidad de la pena. Un análisis más detallado del Derecho positivo me ha hecho llegar a la conclusión de que bajo el término Derecho Penal se encuentran en nuestro ordenamiento diversos subsistemas normativos con funciones y criterios de imputación diferentes.

<sup>7</sup>. Hay que tener en cuenta que puede haber consecuencias penales exclusivas para delitos y que no se apliquen a las faltas. Esta es la doctrina dominante con respecto a las medidas de seguridad en virtud de la redacción de los arts. 6 y 95 CP, aunque existan importantes voces discrepantes. Asimismo las consecuencias para empresas y personas jurídicas son sólo contempladas para delitos y no para faltas en la parte especial.

encuentran como punto de partida vinculadas a la entidad de la restricción de los derechos, por lo que una medida de internamiento o de privación de libertad debe disponer de las máximas garantías con independencia de que se califique como una medida perteneciente o no al Derecho Penal. Desde un punto de vista estricto de garantías formales o libertades individuales lo importante es materialmente la restricción de derechos que implica una resolución judicial, sobre todo en los casos de privación de libertad, aunque esa privación no se encuentre ligada a un reproche o no tenga un contenido aflictivo sino una finalidad curativa, de tratamiento o educadora.

Por ejemplo, con independencia de la naturaleza (penal o no) que se le conceda a las medidas de seguridad postdelictivas, especialmente a las privativas de libertad, ese tipo de restricción de derechos siempre debe ser impuesto por un órgano judicial. La jurisdiccionalización de un instituto se puede explicar por razones extrínsecas a su propia naturaleza penal o extra-penal, por lo que la importancia de la denominación es relativa a efectos de las garantías propias de un Estado de Derecho. La jurisdiccionalización se debe en primer lugar a la entidad de las restricciones y privaciones de derechos fundamentales que conlleva en muchas ocasiones la consecuencia jurídica. Por ejemplo, la decisión de internar a un ciudadano en un centro psiquiátrico debe ser siempre adoptada por un juez y debe ser canalizada a través de un proceso adecuado, aunque ese ciudadano no haya cometido delito alguno.

Además, en el caso de las consecuencias penales se debe arbitrar un proceso en el que con todas las garantías se le pueda imputar al inimputable o al menor la comisión de una infracción penal como presupuesto de la sanción, lo cual conlleva determinadas garantías constitucionales (art. 24 CE –presunción de inocencia, derecho a no declarar contra sí mismo, a asistencia letrada, principio acusatorio, etc.-) aunque el proceso no desemboque en una declaración de culpabilidad. Es preciso hacer referencia a estas cuestiones procesales, ya que tradicionalmente han venido influyendo expresa o tácitamente en la discusión sobre el contenido del Derecho Penal y los límites de la responsabilidad penal. Por ejemplo, consideraciones de este tipo han marcado el proceso de discusión del modelo de Derecho Penal del menor, en cuya configuración han tenido un gran peso las garantías formales y procesales (sobre todo a raíz de las SSTC 36/1991, de 14 de febrero y 60/1995, de 17 de marzo)<sup>8</sup>. A los menores

<sup>8</sup> Vid. por todos GARCIA PEREZ, *AP* 2000, pp. 673 ss.; SANCHEZ GARCIA DE PAZ, *AP* 2000, pp. 712 ss., 723; VIVES ANTON, *PJ* n° 21, pp. 102 ss. Por ello la Exposición de Motivos de la LO 5/2000 hace la declaración de principio de que se trata de un sistema de «naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad con reconocimiento expreso de todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor».



de 14 años ni siquiera se les imputa la infracción o no hace falta imputarles la infracción penal para que entre en juego el sistema tutelar de menores. El Derecho Penal y el Derecho tutelar de menores se diferencian en la importancia que pasa a cobrar en el primero el hecho cometido junto a la situación del menor.

No se puede olvidar nunca –aunque no parezca por fortuna que esos sean los tiempos que corren– que al partido gobernante o al poder ejecutivo le puede resultar especialmente fácil manipular la imposición de una consecuencia jurídica que no se encuentra ligada a un hecho anterior sino que únicamente tiene como objetivo la educación, mejora o aseguramiento<sup>9</sup>. Por esta mera razón restricciones de derechos como las de las medidas de seguridad post-delictivas deben ser siempre controladas por el poder judicial con independencia de sus fines<sup>10</sup> (aunque no se trate de un órgano jurisdiccional penal).

Es evidente que no resulta conveniente que los órganos que enjuician los hechos realizados por adultos sean los mismos que los de menores que deben ser órganos especializados. En los restantes casos parece mejor, sin embargo, que sea un mismo órgano jurisdiccional penal el que decida si como consecuencia de una infracción penal es precisa una pena, una medida de seguridad o renunciar a cualquier tipo de consecuencia. En esta línea se ha señalado que si sólo cabe combatir directamente la peligrosidad criminal del sujeto en el caso de que éste haya sido declarado inimputable o semiimputable, lo mejor es que sea el propio órgano jurisdiccional penal que ha constatado la existencia de un hecho previsto como delito o falta el que decida la necesidad de la medida de seguridad. De esta manera se economizan procedimientos y, además, queda mejor resuelto el conflicto social generado por el inimputable si en los casos de peligrosidad se impone una medida de seguridad aunque no se den los presupuestos de la pena. Las demandas preventivo-generales o ejemplarizantes de la sociedad se pueden ver satisfechas si ante determinados sujetos se reacciona con medidas preventivo-especiales. Ello sucede también con los menores. Por ejemplo, si a un menor que realiza un abuso sexual se le obliga a reconciliarse con su víctima y seguir una determinada terapia el conflicto social queda resuelto. Por último, cabe resaltar como razón importantísima que el órgano judicial que ha considerado que no existía culpabilidad o ésta estaba gravemente disminuida es el más indicado para imponer la medida ya que al haberse ocupado intensamente de la comisión del hecho previsto como delito que exterioriza la peligrosidad del autor y de su per-

<sup>9</sup>. Ello fue denunciado ya por un decidido defensor de las consecuencias preventivo-especiales como Eb. SCHMIDT, *Gierke-FS*, pp. 214 s.

<sup>10</sup>. RODRIGUEZ MORULLO, *PG*, p. 18.

sonalidad se encuentra en una posición inmejorable para ocuparse del problema de la peligrosidad criminal.

No es preciso seguir insistiendo en estas cuestiones jurisdiccionales y procesales ya que no cabe duda de que debe ser un órgano jurisdiccional penal el que se ocupe de la imposición de las consecuencias penales que no son penas en un proceso penal con las debidas garantías. La diferencia entre una mera asistencia sanitaria a un enfermo mental y la imposición de una medida de seguridad, la atención a un menor abandonado o desprotegido y la imposición de una sanción a un menor o la intervención administrativa y la penal de una empresa es que en unos supuestos se ha cometido una infracción penal y en otros no y, por ello, la reacción jurídica va encaminada a prevenir la comisión de futuras infracciones penales. Desde esta perspectiva la nueva ley de responsabilidad penal de los menores se merece un aprobado general por no haber descuidado este dato.

La afirmación de que tanto medidas de seguridad postdelictivas como consecuencias accesorias como sanciones para menores son consecuencias penales tiene en mi opinión ciertas implicaciones dogmáticas y político-criminales que paso a exponer a continuación:

1. Desde un punto de vista dogmático, las garantías penales y las garantías relativas a la aplicación de la Ley penal del Título Preliminar del Código Penal son aplicables también no sólo a las medidas de seguridad contempladas en el Código Penal sino también a las consecuencias accesorias y las sanciones para menores, en la medida que ello sea posible. Ello es evidente en el caso de las penas y medidas de seguridad por el reconocimiento expreso que se realiza en el Código Penal pero también lo debe ser en el caso de las restantes consecuencias penales<sup>11</sup>. Por ejemplo, en todo aquello que respecta a la irretroactividad de las disposiciones desfavorables y la prohibición de aplicaciones analógicas en contra del reo.

Esta distinción tiene otra consecuencia relevante para el desarrollo de la teoría jurídica del delito en el marco del ordenamiento jurídico español. Desde la perspectiva aquí adoptada se debe desarrollar un concepto de injusto penal unitario para todas las consecuencias jurídico-penales (imputación objetiva + responsabilidad subjetiva –dolo e imprudencia-) y una teoría específica (de menores, de inimputables peligrosos, de personas jurídicas y empresas, etc.) que desarrolle los presupuestos de cada consecuencia de acuerdo a sus fines. Ello

<sup>11</sup>. En la Disposición Final Primera de la LO 5/2000 se contemplan las normas del Código Penal como Derecho supletorio.

apoya desde un punto de vista sistemático la tradicional distinción entre injusto y culpabilidad (o peligrosidad) y debería ser tenido en cuenta por cualquiera que considere que este tipo de distinciones son erróneas y forman parte del pasado<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> El delito en sentido material representa en el plano simbólico una expresión de sentido que desautoriza la norma penal como modelo válido y vinculante para ordenar las relaciones interpersonales conmoviendo la confianza en un mundo conforme a Derecho. Desde esta perspectiva es cierto que con la declaración de culpabilidad explica el juez que la norma y no lo expresado por el delincuente pertenece a los principios que regulan la vida en comunidad. Por ello los menores de edad y los inimputables peligrosos infringen normas pero no las desautorizan de tal manera que precisen una respuesta con penas. Plantea sus dudas sobre los menores, SILVA SANCHEZ, *El nuevo Código penal*, pp. 170 ss., considerando que éstos precisan penas aunque no sean necesarias las penas convencionales imponibles a adultos. Sin embargo, como se expondrá, no existe un refuerzo teórico para la existencia de diversas teorías de las penas. En otro sentido, más similar al texto, VIVES ANTON, *PJ* n° 21, pp. 96 ss.

JAKOBS, *Handlungsbegriff*, pp. 33 ss. le ha otorgado esta definición al concepto de acción en sentido jurídico-penal que pasa así a ser entendida como acción (antijurídica y) culpable. Esto ha generado una llamativa discusión en la doctrina alemana. Mientras SCHÜNEMANN, *Omisión e imputación objetiva* y SCHILD, *GA* 95, pp. 101 ss. critican a JAKOBS, HERZBERG critica las objeciones de SCHÜNEMANN en "Reflexiones acerca del concepto jurídico penal de acción", pp. 37 ss. JAKOBS evidentemente no se refiere al concepto tradicional de acción que ha protagonizado el primer escalón del análisis de la teoría jurídica del delito. El concepto de acción de JAKOBS es un concepto de acción en sentido hegeliano que dominó la doctrina alemana la segunda mitad del S. XIX que reúne todos los predicados necesarios para que esa acción sea delictiva y que considera acción e imputación como inseparables. Por tanto, se trata del concepto material de delito y no sólo del sustrato que es objeto de valoración jurídico-penal. Ello es evidente cuando JAKOBS (*Sociedad, norma y persona*, p. 62, nota 48) responde a la objeción de SCHÜNEMANN de que se confunde el concepto de acción con el concepto de delito no sólo que se trata de una observación sino que se plantea si «interesa en Derecho penal otra cosa que no sea el delito» Hasta el momento me parece que no está claro que aporta este concepto de acción de JAKOBS, que ha recibido la aceptación de HERZBERG. HERZBERG, "Reflexiones", p. 36, argumenta que «es cierto que es común a todos los delitos la comisión culpable, por lo que Jakobs tiene razón cuando incluye el elemento «culpable» en su definición», añadiendo (p. 39) que «quien busca determinar un concepto de acción específicamente penal tiene que darle elementos normativos y definir, consecuentemente, el concepto penal de hecho punible o el de hecho antijurídico».

Este modelo de JAKOBS se aproxima a un modelo unitario hegeliano en el que las distinciones analíticas (acción, tipo objetivo y subjetivo, antijuridicidad, culpabilidad) parecen perder gran parte de su sentido como se puede apreciar en su evolución posterior (JAKOBS, *Hirsch-FS*, p. 62). Esta idea ha tenido, como de costumbre, un desarrollo radical en su discípulo LESCH, *Verbrechensbegriff*, pp. 15, 205 ss., 277 y passim y *RDPC* 2000, pp. 267 ss. que lleva a sus últimas consecuencias esta perspectiva.

Si bien es cierto que el concepto de delito (acción culpable) tiene que estar orientado materialmente a lo que es su esencia, la descomposición analítica que caracteriza la teoría jurídica del delito desde principios de este siglo es un mecanismo que otorga seguridad jurídica y certeza al permitir resolver cada cuestión en el nivel valorativo más adecuado. La descomposición

2. Desde un punto de vista político-criminal, al tradicional límite referido a la necesidad de la pena en determinados supuestos como manifestación del principio de subsidiariedad o del carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal habrá que añadir un análisis sobre la necesidad general de la intervención del Derecho Penal frente a determinados conflictos, incluso con otros instrumentos distintos a las penas<sup>13</sup>.

### 1. Las consecuencias accesorias (comiso y consecuencias específicas para empresas y personas jurídicas)

Con respecto a las consecuencias accesorias recogidas en el Título VI del Libro I (arts. 127 a 129) –que representan una de las novedades relevantes del sistema de sanciones del Código Penal de 1995– cabe decir que el comiso tiene una clara naturaleza penal<sup>14</sup> ya que siempre va vinculado a la imposición de

---

analítica es básica para una correcta práctica forense. Si no se parte de un concepto monista de Derecho Penal y se mantiene una posición como la de este trabajo el estudio analítico del comportamiento no tiene sólo un mero papel didáctico como mantienen JAKOBS (*Sociedad, norma y persona*, p. 60) y su discípulo LESCH. Por ejemplo, sin una infracción penal tal y como está definida en el art. 10 no se puede imponer consecuencia penal alguna, aunque sólo si además concurre culpabilidad sea necesario imponer una pena.

Para JAKOBS sólo el Derecho Penal en sentido estricto como un sistema normativo de culpabilidad y penas es Derecho Penal. Ello puede ser asumible en un plano filosófico ajeno al Derecho positivo. Sin embargo, como se ha señalado aquí, analizando el Derecho Penal español podemos apreciar estas consecuencias: Una conducta dolosa o imprudente típica y antijurídica+culpabilidad=pena. Una conducta dolosa o imprudente típica y antijurídica+peligrosidad criminal=medida de seguridad. En el caso de las consecuencias accesorias se dan otros presupuestos (por ejemplo, conducta dolosa culpable+peligrosidad objetiva o conducta dolosa culpable+situación antijurídica o conducta dolosa culpable+enriquecimiento ilícito en el caso de las diversas modalidades de comiso, con la limitación de la proporcionalidad). El concepto legal de delito o infracción penal no es, por tanto, sólo el de presupuesto de la pena sino el de presupuesto de cualquier consecuencia penal, tal y como se encuentra definido en el art. 10 CP (mera conducta dolosa o imprudente típica y antijurídica que no precisa culpabilidad). Por ello es preciso desarrollar un concepto de acción o conducta y de injusto válido o común para todos los subsistemas normativos que coexisten bajo la rúbrica de Derecho Penal en nuestro ordenamiento así como desarrollar una teoría del injusto penal independiente de la culpabilidad (aunque aquél siempre sea un presupuesto de ésta).

<sup>13</sup>. Destaca ciertas carencias del Derecho Penal de menores vigente desde esta perspectiva, GARCIA PEREZ, *AP* 2000, p. 689.

<sup>14</sup>. Vid. por la doctrina dominante, LUZON PEÑA, *PG*, p. 58; MAPELLI CAFFARENA, *RP* n° 1, p. 51, señalando que por ello «no debe extrañar que algunos de los conceptos que se emplean en su regulación, aunque procedan de otras ramas del Derecho adquieran aquí una significación distinta». En sentido contrario, GRACIA MARTIN, *Lecciones*, pp. 375 s., 381, 385 ss., que considera que se trata más bien de medidas de carácter administrativo o de naturaleza civil o medidas preventivas desprovistas de la naturaleza de sanción.

una pena. Ya no se trata de una pena accesoria como venía siendo entendida tradicionalmente por el Código Penal -salvo nuestro peculiar código de 1928 que lo entendía como una medida de seguridad-, sino que se trata de una consecuencia accesoria de la pena. Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos lleva consigo la pérdida de efectos, instrumentos y ganancias.

La dependencia o accesoriedad de la pena y no de la infracción penal, es decir, que no sea suficiente para el comiso que se cometa un hecho típico y antijurídico doloso resulta político-criminalmente discutible ya que dificulta, por ejemplo, que se le pueda decomisar una ametralladora a un enajenado que comete un hecho delictivo sin culpabilidad o un gran cargamento de drogas a un toxicómano en las mismas circunstancias. El comiso no puede cumplir sus funciones específicas en los casos en los que no es posible imponer una pena. Sin embargo, desde la perspectiva que aquí interesa, que la imposición de la pena sea un requisito para el comiso deja bien claro que se trata de una consecuencia penal.

Las consecuencias accesorias para empresas y personas jurídicas recogidas en el art. 129 CP merecen un tratamiento particularizado ya que han generado una gran discusión por parte de la doctrina española, planteándose incluso algún autor su naturaleza penal. Cabe señalar aquí sin profundizar en la discusión que si asumimos el principio *societas delinquere non potest* defendido por la doctrina dominante se trata de consecuencias accesorias del hecho delictivo cometido por una persona física y, en virtud de ello, son consecuencias penales<sup>15</sup>. Una vez que el Código Penal ha adoptado esta decisión político-criminal -en mi opinión, esencialmente correcta- se echa de menos el desarrollo de un auténtico sistema normativo que conste al menos de normas procesales y de ejecución de dichas consecuencias jurídicas. La opción adoptada en el Código Penal de 1995 se ha quedado a mitad de camino por lo que su eficacia cinco años después ha sido nula.

Toda nueva función del Derecho Penal debe abordarse globalmente teniendo en cuenta las distintas regulaciones que se pueden ver afectadas (Código Penal, leyes penales especiales, normas procesales, regulación de la ejecución de las consecuencias y control judicial de dicha ejecución, Derecho Civil y Mercantil, Derecho Laboral, etc.). Estas han sido olvidadas, creyendo el legislador que es suficiente con aprobar un precepto en el Código Penal para solucionar un determinado problema. Una opción político-criminal del calado de la adopción de un precepto en el Libro I como el art. 129 obliga a una profunda reforma de todos los ordenamientos afectados por dicho modelo. Sobre todo cuando las consecuencias jurídicas para empresas afectan o pueden afectar a los derechos de personas como

---

<sup>15</sup> Sobre estas cuestiones vid. mi próxima monografía sobre *Consecuencias jurídicas para empresas por delitos contra el medio ambiente*.

los socios que no tienen que ser necesariamente responsables de las infracciones penales (especialmente en las grandes sociedades anónimas). Si no se tiene en cuenta el problema de forma integrada se corre el serio peligro de que la incidencia de diversos aspectos pueda conducir a la irrelevancia práctica de las consecuencias jurídicas para empresas. A mayores, la falta de una normativa de desarrollo, en especial con respecto a la ejecución, no sólo afecta a la eficacia del art. 129 CP sino que hace que cualquier decisión de un órgano judicial atreviéndose a imponer alguna de las consecuencias recogidas en este precepto quede pendiente de un recurso de amparo con probabilidades de éxito.

Cada una de estas consecuencias accesorias -el comiso de instrumentos, el comiso de efectos, el comiso de ganancias o las consecuencias del art. 129- tiene un presupuesto o fundamento particular<sup>16</sup>: peligrosidad objetiva del instrumento, mantenimiento de la situación antijurídica, existencia de un enriquecimiento injusto y peligrosidad objetiva o instrumental de la empresa o de la persona jurídica. La característica común de todas ellas es que su fundamentación y legitimación específica es ajena tanto a la culpabilidad como a la peligrosidad criminal del autor de la infracción. Se trata de consecuencias penales que bien refuerzan los fines de la pena o en otros casos que permiten que el Derecho Penal cumpla determinadas funciones relacionadas con el delito cometido que no están a su alcance a través de la pena.

Otra de las características más llamativas de estas consecuencias accesorias es que pueden restringir derechos no sólo del sujeto activo de la infracción sino también de personas o entidades que no son sujetos activos del delito cometido. Por ello para algunos autores carecen del carácter de sanciones punitivas en la medida en la que pueden ser sufridas por personas no responsables de un hecho antijurídico. Los instrumentos, efectos y ganancias del delito se pueden decomisar aunque pertenezcan a una persona que no ha participado en el delito, siempre que no se trate de un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente. Por su parte las consecuencias para empresas y personas jurídicas se imponen a entidades que no pueden ser sujeto activo del delito en el Derecho vigente (aunque puedan ser sujeto de imputación en otros ordenamientos)<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Vid. por todos, GRACIA MARTÍN, *Lecciones*, pp. 369 s., 381, 387 y JORGE BARRERO, *ADP* 96, pp. 368 ss. y *AP* 2000, pp. 511 ss.

<sup>17</sup> La Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal de 1992, enormemente útil para entender algunas novedades del Código Penal de 1995, debido a la parquedad de la Exposición de Motivos de éste, señalaba como las medidas o consecuencias accesorias para sociedades o empresas, a pesar de su indudable carácter represivo, «no tendrían fácil acomodo ni entre las penas ni entre las medidas de seguridad, pues... son reacciones frente a quienes, como ocurre con sociedades o empresas, no son aptas para soportar las penas o medidas».

## **2. Las medidas de seguridad postdelictivas para inimputables peligrosos**

Al Derecho Penal pertenecen todas las medidas de seguridad y educativas, tanto para adultos como las características del Derecho Penal de menores que tienen como presupuesto –al menos éstas– la comisión de un comportamiento penado en los Libros II y III del Código Penal (que carezca de justificación). En cuanto a las sanciones para menores hay que tener en cuenta que la Exposición de Motivos de la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores parte de la idea (punto 4) de que «la responsabilidad penal de los menores presenta frente a la de los adultos un carácter primordial de intervención educativa que trasciende a todos los aspectos de su regulación jurídica y que determina considerables diferencias entre el sentido y el procedimiento de las sanciones en uno y otro sector, sin perjuicio de las garantías comunes a todo justiciable». La característica común de estas consecuencias es que configuran el Derecho Penal de la peligrosidad criminal (distinto del de culpabilidad y del de peligrosidad objetiva o instrumental)

La doctrina mayoritaria en España también considera que la medida de seguridad y corrección es una consecuencia jurídica que pertenece al Derecho Penal al igual que la pena aunque ésta ostente un especial protagonismo en la práctica, por ello esta afirmación tampoco plantea problemas. El art. 6 CP exige que dichas medidas se fundamenten en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito y el art. 95 que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito. Por su parte la LO 5/2000 comienza declarando (art. 1.1) que «esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales».

Las medidas de seguridad, a diferencia de lo que sucede con las consecuencias accesorias, exigen que el sujeto al que se le impongan las medidas por su peligrosidad sea el sujeto activo del hecho previsto como delito.

## **3. Especial referencia al nuevo Derecho Penal de menores de edad**

Es evidente que en este trabajo se parte de la idea de que el nuevo Derecho Penal de menores es un sistema normativo para inimputables peligrosos y por ello se le imponen materialmente medidas y no penas. La doctrina es-

pañola se ha planteado si estos menores son imputables, inimputables o semiimputables. Por influencia de la doctrina alemana se encuentra extendida la idea de que los menores entre 14 y 18 años se encontrarían en una situación entre la inimputabilidad y la imputabilidad penal (en los casos normales)<sup>18</sup>. Sin embargo, las referencias que se hacen al art. 5.1 de la LO 5/2000, que establece que no existe responsabilidad para el menor cuando concurre alguna de las causas de exención o extinción de la responsabilidad criminal previstas en el Código Penal (salvo las circunstancias 1ª, 2ª y 3ª del art. 20), no tienen necesariamente que suponer que sólo en esos casos no existe culpabilidad del menor sino que se puede entender que en esos casos lo que no existe es la peligrosidad criminal como presupuesto de cualquier sanción educativa. Me parece que las posiciones mantenidas a este respecto obedecen más a razones apriorísticas que a argumentos derivados del Derecho vigente que desde luego no diferencia en sitio alguno los diversos sistemas de reacción –hasta 14 años, de 14 a 18 años (eventualmente hasta 21) y a partir de los 18 años– por la capacidad de conocer la antijuridicidad de la conducta y la exigibilidad de un comportamiento conforme a esa comprensión. Desde el punto de vista del Código Penal, los menores de 18 años son inimputables ya que bajo ninguna circunstancia tienen el mismo tratamiento penal que los adultos, aunque algunas causas de exclusión de la culpabilidad sean tenidas en cuenta para excluir la responsabilidad penal del menor. El art. 19 CP se limita a regular una causa de inimputabilidad relativa al Código, cuya relevancia global dentro del Derecho Penal español depende del modelo político-criminal que se interprete que ha adoptado la legislación sobre menores. Esta parece ser una conclusión bastante extendida en la doctrina aunque un sector dominante no comparta la posición que aquí se mantiene sobre el fundamento de la responsabilidad penal de los menores en la LO 5/2000.

La posición mantenida aquí no implica una comparación o tratamiento analógico con otros inimputables, como las personas que padecen anomalías o alteraciones psíquicas o que tienen gravemente alterada la conciencia de la realidad. En mi opinión, no se puede responder esta cuestión desde una perspectiva ontológica sino normativa o funcional y por esa razón las consecuencias penales para menores son distintas a las de otros supuestos de irresponsabilidad penal contempladas en el mismo Capítulo del Código Penal. El problema de la capacidad de culpabilidad depende en gran medida del contexto social, que determina la evolución de la personalidad de sus integran-

---

<sup>18</sup>. Vid. por todos, MALLIN EVANGELIO, "Capacidad de culpabilidad", pp. 73 ss. con amplias referencias.



tes. El ordenamiento español en conjunto trata de forma diferente a los menores de edad<sup>19</sup> y, coherentemente, en el ámbito del Derecho Penal no se les adscribe la misma capacidad de culpabilidad o la misma responsabilidad que a los adultos. No se puede olvidar que el Código Penal (art. 19) exime expresamente de responsabilidad criminal a los menores, es decir, de la culpabilidad como presupuesto de la pena, dándoles en general un tratamiento normativo unitario distinto al de los mayores con independencia de sus capacidades individuales. No se trata de una mera declaración de competencia como la del art. 26 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional. Por razones derivadas de la configuración del orden social en el que vivimos las medidas de la LO 5/2000 son básicamente preventivo-especiales y se pueden adoptar coactivamente medidas educativas (opción que no es posible con los mayores imputables –sería inconstitucional–).

Si los menores o algunos menores fueran normativamente sujetos semiimputables o sujetos imputables «de forma distinta» que los adultos sus infracciones tendrían que ser generalmente castigadas y no se podrían olvidar ciertos fines de prevención general. Es decir, si normativamente fueran semiimputables o imputables, en los casos en los que no priman intereses preventivo-especiales porque no concurre peligrosidad deberían sufrir algún tipo de pena o sanción por el hecho cometido (por ejemplo, joven de 17 años sin deficiencias educativas o formativas que detiene ilegalmente durante unas horas al amor de su vida para declararle sus sentimientos y explicarle sus intenciones y luego la deja en libertad o que aborta ilegalmente por miedo a lo que dirán sus padres). Sin embargo, sólo se imponen consecuencias penales cuando se constatan necesidades educativas o formativas que si no se abordan pueden conducir a una nueva comisión de infracciones penales. Es con los jóvenes (entre 18 y 21 años) donde entran claramente en conflicto de forma intensa los fines preventivo-generales y los preventivo-especiales a la hora de determinar la clase y duración de la consecuencia penal (arts. 69 CP y 4 LO 5/2000), tensión que en el Derecho Penal de menores no está reconocida expresamente aunque a veces salgan a la superficie ciertos fines preventivo-generales soterrados que no son propios de este orden normativo.

Obviando la discusión político-criminal de *lege ferenda* sobre el mejor modelo para tratar la delincuencia juvenil, de *lege data* es evidente que las sanciones educativas para menores son sanciones penales. Lo que tendrá ocupada a la doctrina en los próximos años será qué tipo de sanción se ha regulado

---

<sup>19</sup> BUSTOS RAMIREZ, "Imputabilidad y edad penal", pp. 476 ss.; FEIJOO SANCHEZ, *Injusto penal*, pp. 29 ss.

en la LO 5/2000 debido a la ambigüedad de la nueva ley de responsabilidad penal de los menores<sup>20</sup>.

Ni en nuestro ordenamiento ni en nuestra doctrina existen consecuencias penales que tengan como presupuesto una responsabilidad social independiente de la idea de culpabilidad que permita la imposición de medidas de seguridad (educativas o socializadoras) con fines de prevención general o con carácter represivo<sup>21</sup>. Las medidas de seguridad son instrumentos para prevenir futuros peligros para bienes jurídicos de terceras personas con base en la idea de peligrosidad criminal. Otra cosa es un fraude de etiquetas. El Derecho Penal sólo puede cumplir legítimamente sus fines de prevención general a través de la retribución. Puede que las medidas de seguridad para menores cumplan una cierta función de prevención general, pero ello no es más que un efecto secundario derivado de la imposición de una consecuencia tras una infracción penal, no la finalidad que legitima dichas sanciones educativas. El Derecho Penal español no conoce consecuencias jurídicas ajenas a la culpabilidad o a la peligrosidad, por lo que las medidas de seguridad con fines preventivo-generales o una tercera vía intermedia representa un cuerpo extraño a nuestra tradición jurídica que, además, no parece conveniente desarrollar.

Por tanto, las sanciones para menores se deben interpretar como penas o medidas, dependiendo la interpretación y aplicación de la LO 5/2000 de esta decisión general. Aunque se definan como penas o medidas *sui generis* éstas

<sup>20</sup>. Por ejemplo, CUELLO CONTRERAS, *El nuevo Derecho penal de menores*, p. 160, concluye así su trabajo sobre la nueva ley de responsabilidad penal del menor: «En el caso de que el menor permanezca en el Derecho penal de menores, por imposición de alguna de las medidas previstas en la LORRPM, es sujeto de tratamiento más ajustado al fin educativo perseguido por la Ley, un tratamiento carente por completo de connotación penal (que sólo existe en su origen: el hecho delictivo desencadenante de la intervención), por no decir nada del carácter aflictivo que se le suponía. O sea, que también con quien deja en el Derecho penal es el Derecho penal de menores algo distinto al Derecho penal. Este Derecho, auténtica «cabeza de Jano», incrustado en el Derecho penal, que es el Derecho penal de menores, que expulsa del Derecho penal y representa a la vez algo distinto al Derecho penal: ser un Derecho penal más resocializador que el de adultos».

<sup>21</sup>. En el plano doctrinal algunos autores, para vencer los problemas que presenta la culpabilidad con respecto a la punición de las personas colectivas o jurídicas, han propuesto la creación de medidas de seguridad con carácter represivo o con funciones preventivo-generales (STRATENWERTH, SCHÜNEMANN). Pero como se les ha reprochado ello no es más que un fraude de etiquetas con el que se quieren aplicar penas a empresas y personas jurídicas sin respetar las garantías que le son propias y salvando los obstáculos que plantea el principio de culpabilidad como presupuesto de la pena.

son las alternativas básicas. Sin olvidar que en otros ordenamientos que solemos tener de referencia<sup>22</sup> y un sector muy importante de nuestra doctrina consideran las consecuencias penales para menores como penas (con excepción de los supuestos en los que concurren en el menor las causas de inimputabilidad del art. 20)<sup>23</sup>, en mi opinión definir las normativamente como tales dificulta que en su aplicación impere una interpretación orientada a la prevención especial en lugar de a la prevención general. Todo ello sin dejar de criticar que se intente en algunos puntos de la nueva legislación que estas medidas cumplan la funciones de penas o que no se descuiden ciertos fines preventivo-generales. Como señala la Exposición de Motivos (punto 4) es sólo la intervención educativa (como medio de prevención de delitos) la que trasciende todos los aspectos sustantivos y procesales de la regulación jurídica de la responsabilidad penal del menor; ello se ve dificultado si dicha intervención se define conceptualmente como reproche a través de penas. Ni el lenguaje ni las definiciones son inofensivas. Mientras en las penas lo que importa es el hecho cometido lo que debe importar en el Derecho Penal de menores es cómo el menor ha llegado a cometer ese hecho y si la sociedad debe defenderse con consecuencias preventivas frente a esos factores que le han conducido a cometer el hecho delictivo. Además, cabe señalar que los supuestos en los que se puede entender que entran en juego fines preventivo-generales son los supuestos excepcionales al régimen ordinario, aunque sean los más llamativos. No se trata de penas en mi opinión ya que no existe proporcionalidad o una relación material o funcional entre el hecho antijurídico cometido y la sanción. El hecho sólo tiene un papel garantizador como límite de la intervención del Estado (arts. 8 y 9 LO 5/2000) y como elemento a tener en cuenta para determinar la medida más apropiada o adecuada a la situación del menor. Por otro lado, la distinción que de *lege data* hacen algunos autores entre penas y medidas para menores tiene un

<sup>22</sup> En contra de seguir los modelos de Derecho comparado, VIVES ANTON, *PJ* n° 21, p. 104, señalando que «si, durante más de medio siglo, hemos podido vivir sin aplicar penas a los menores de dieciséis años, no veo ninguna razón para que, a partir de ahora, hayamos de hacerlo». Cabe señalar que la evolución de la sociedad motiva más bien una renuncia de pena hasta los 18 años.

<sup>23</sup> BOLDOVA PASAMAR, en GRACIA, *Lecciones*, p. 365, con referencia a textos prelegislativos; CEREZO MIR, *Lecciones*, p. 83, con nota 25: «Las medidas sancionadoras educativas son, pues, penas aunque no se les de ese nombre, si bien es cierto que en ellas se pone el acento en la prevención especial»; GARCIA PEREZ, *AP* 2000, pp. 686 ss. considera que se trata de penas, aunque considera que también se puede mantener la posición contraria; MATA LIN EVANGELIO, "Capacidad de culpabilidad", pp. 83 ss.; SILVA SANCHEZ, *El nuevo Código penal*, pp. 159 ss., aunque con base en los Borradores del 96. Plantea ciertos problemas para entender las sanciones para menores como medidas, SANCHEZ GARCIA DE PAZ, *AP* 2000, pp. 714 ss.

valor altamente relativo, ya que los criterios de elección de las medidas adecuadas son comunes (art. 9.3), de lo que se deduce que se trata de instrumentos con los mismos fines, orientados en cada caso a la peligrosidad criminal específica del menor. No se trata de que los supuestos en los que en el menor concurren las causas de inimputabilidad recogidas en el art. 20 el menor deje de ser culpable (o semiimputable), sino que las razones de su peligrosidad son distintas y por ello se debe acudir a otros instrumentos preventivo-especiales. A diferencia de otros modelos de Derecho comparado que indagan sobre la culpabilidad del menor y en función de ello aplican diversos tipos de sanciones, en nuestro Derecho Penal de menores todas las sanciones tienen los mismos fines legitimadores. Los argumentos gramaticales refuerzan la posición mantenida aquí en la medida en la que en el Título II de la LO 5/2000 se definen las consecuencias para menores como medidas y no como penas.

Creo que si las razones para desarrollar un Derecho Penal de menores se basan en las necesidades y posibilidades preventivo-especiales de estos infractores, coherentemente se debe interpretar como un sistema de medidas para que pueda cumplir los fines político-criminales que lo justifican como subsistema normativo. El Derecho Penal de menores se diferencia del de adultos no por ser un sistema distinto de culpabilidad y penas sino por tratarse de un Derecho Penal de la peligrosidad criminal. No se trata sólo de injustos realizados con una culpabilidad idéntica a los adultos pero disminuída. La denominación de las sanciones de la LO 5/2000 como penas no aumenta el carácter garantístico de las mismas sino que posibilita que en ciertos casos primen intereses sociales ajenos a las necesidades preventivo-especiales (sobre todo en los casos más llamativos para los insaciables medios de comunicación) mientras que la definición como medidas posibilita determinar un límite claro: un menor que ha cometido un hecho antijurídico sólo sufrirá una restricción coactiva de derechos cuando sea necesario por razones de prevención especial y en la medida que ello sea necesario. Ello nos conduce a una reflexión de carácter más general sobre este tipo de distinciones dogmáticas.

#### **4. Fundamentación de la distinción entre Derecho Penal en sentido estricto o propio (culpabilidad) y Derecho Penal en sentido amplio o impropio (responsabilidad)**

Habrá quien considere que la distinción planteada o la discusión sobre la naturaleza jurídica de las consecuencias para menores no añade ninguna

perspectiva novedosa y no se trata más que de un juego de palabras estéril. Se puede considerar incluso que este tipo de discusiones sólo añade confusión sin aportar nada a posibles soluciones prácticas que deben ser más intuitivas. Lo decisivo seguiría siendo si determinadas consecuencias jurídicas pertenecen o no al Derecho Penal o son sanciones penales. Por ello me gustaría hacer alguna reflexión sobre el sentido dogmático y político-criminal de la diferenciación propuesta que tiene que ver con la relevancia de la definición de unas sanciones como penas o bien como consecuencias penales diversas de las penas (para menores, empresas y personas jurídicas, etc.). Es decir, sobre la diferencia entre un Derecho Penal de culpabilidad y penas y un Derecho Penal de peligrosidad –criminal u objetiva- (salvo el comiso de ganancias que es básicamente un refuerzo para el papel preventivo-general de la pena<sup>24</sup>).

La insistencia en que existen diversos subsistemas normativos dentro del Derecho Penal español tiene como pretensión principal desligar claramente las funciones o fines de las medidas de seguridad, tratamiento y educación y de las consecuencias accesorias de la función propia o fin característico de la pena, liberando en la práctica a las medidas de seguridad, consecuencias accesorias y sanciones para menores de todo carácter de castigo, desvalor ético-social, aflicción o retribución<sup>25</sup>. Por desgracia en la LO 5/2000 de responsabilidad del menor se continua haciendo referencia ocasionalmente a la idea de reproche (arts. 14 y 51 sobre modificación y sustitución de las medidas y art. 23). Aunque de *facto* ciertas sanciones preventivo-especiales puedan llegar a cumplir también una función preventivo-general o represiva ello no tiene que ver con sus fines normativos y, por ello, no debe condicionar la reacción penal. Creo que con la posición que se mantiene en este trabajo se contribuye a evitar el «fraude de etiquetas» que desde KOHLRAUSCH en 1924 viene poniendo de manifiesto un sector de la doctrina y a combatir la denominada crisis del dualismo en aquellos países en los que existe un Derecho Penal binario, dualista o de doble vía (penas y medidas/de culpabilidad y de peligrosidad), aun-

---

<sup>24</sup>. Ello justificaría un tratamiento separado de los diversos tipos de comiso, tal y como se puede constatar en el Derecho comparado y tal y como demanda un sector de nuestra doctrina.

<sup>25</sup>. Esta necesaria diferenciación ya en RODRIGUEZ MOURULLO, "Medidas", pp. 370 s.

Esta idea garantista fue la que primordialmente me hizo resaltar anteriormente más el carácter policial de las medidas de seguridad postdelictivas, en contra de la opinión de la doctrina mayoritaria en España en Injusto penal, p. 31, nota 66. Sin embargo, es evidente que en nuestro ordenamiento existen sanciones penales no retributivas.

que éste en algunos puntos tenga una tendencia unitaria (sistema vicarial<sup>26</sup>). Es preciso, pues, utilizando palabras de RODRIGUEZ MOURULLO<sup>27</sup>, no olvidarse nunca del significado político del binarismo. La preocupación por distinguir los presupuestos y los fundamentos de la pena de otras consecuencias penales, señalando los límites intrínsecos de cada uno de estos recursos, sirve a la garantía de los derechos del individuo.

Nadie duda hoy en día, por ejemplo, de que la finalidad de las medidas (al menos la finalidad esencial) reside en la prevención especial. Aunque se le otorgue la misma finalidad a las penas éstas nunca tendrán el mismo sentido normativo que las medidas ya que la pena va vinculada a la idea de culpabilidad o de reproche y tiene socialmente una carga ética que otras consecuencias no presentan. Por ello se deben analizar por separado los fines y funciones de las penas, de las medidas de seguridad, de las consecuencias jurídicas para menores y de cada una de las consecuencias accesorias del Código Penal<sup>28</sup>.

Creo, en definitiva, que la posición aquí adoptada y la distinción planteada resulta más garantista al evitar tratamientos paralelos entre la pena y otras consecuencias penales y evita disfuncionalidades al permitir resaltar la diver-

<sup>26</sup> No se entienda lo que se dice en el texto como una crítica general contra el sistema vicarial (arts. 99 y 104 CP). En los casos en los que concurre culpabilidad disminuida y peligrosidad criminal la posibilidad de no ejecutar la pena después de la medida depende exclusivamente de que se pongan en peligro los efectos conseguidos a través de la medida (institución que persigue finalidades de prevención especial). Las necesidades de prevención general se satisfacen con la imposición de una pena que se suspende y no se ejecuta si se consigue que el reo no vuelva a delinquir. La prevención especial en este sistema «sólo» afecta a la suspensión, pero no juega papel alguno en la pena que le corresponde al culpable por su hecho delictivo. Cuando en el Derecho Penal español se constata una infracción culpable (como en el caso de los semiimputables) sólo se pueden tener en cuenta los fines de prevención especial para evitar la prisión en relación a penas inferiores a dos años (tres para toxicómanos). Por encima de esa cifra priman claramente las consideraciones preventivo-generales. La única excepción es el sistema vicarial –cuando la imputabilidad no es plena– en el que la prevención especial actúa haciendo que la pena (que cumple otros fines) se pueda ver sustituida por una consecuencia orientada preventivo-especialmente como la medida de seguridad siempre que estos fines preventivo-especiales tengan éxito. No es posible aquí profundizar sobre este sistema tan importante para la configuración del Derecho Penal vigente, aunque cabría reflexionar si en un sistema que intenta compatibilizar los fines de las medidas y de las penas no se han dejado demasiado al margen los fines preventivo-generales de la pena en la medida en la que este sistema se ocupa de autores culpables (aunque sea con culpabilidad disminuida).

<sup>27</sup> RGLJ 65, pp. 787 ss.

<sup>28</sup> No se puede ocultar que en el fondo de estas cuestiones late una determinada concepción de los fines de la pena. Cuanto más valor se le otorgue a los fines preventivo-especiales de la pena menos evidentes serán las diferencias normativas de ésta con otras consecuencias penales.

sidad de funciones o fines que en cada caso cumple el Derecho Penal, evitando en cada caso que se desvirtúen éstos.

La insistencia en esta cuestión está relacionada con que las consecuencias encaminadas a luchar contra la peligrosidad se suelen calificar junto a las penas como sanciones penales. La propia ley de responsabilidad penal del menor define el Derecho Penal de menores como un sistema educativo-sancionador. Pero no se debe olvidar que el concepto de sanción es el de pena que la ley establece para el que la infringe o mal dimanado de una culpa o yerro y que es como su castigo o pena. Por ello se debe tener cuidado al calificar las medidas de seguridad para inimputables o menores como sanciones. Si fuera sólo una cuestión terminológica lo mejor sería obviar esta cuestión. Pero tiene importantes consecuencias prácticas, sobre todo cuando existe una percepción social de que el Derecho Penal carece de una eficacia inmediata.

Existen radicales diferencias conceptuales entre sanciones penales que tienen como presupuesto la culpabilidad y sanciones penales que tienen como fundamento la peligrosidad que deben plasmarse legislativa y judicialmente. Volviendo al Derecho Penal de menores por su actualidad, aunque la Exposición de Motivos de la LO 5/2000 (punto 5) declare que está «encaminado a la adopción de medidas que fundamentalmente no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales, orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor, valorados con criterios que han de buscarse primordialmente en el ámbito de las ciencias no jurídicas» o (punto 7) que la reacción jurídica dirigida al menor infractor pretende ser «una intervención de naturaleza educativa, aunque desde luego de especial intensidad, rechazando expresamente otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma», siempre queda la sospecha de que la medida es tratada como una pseudo-pena o una pena *sui generis*<sup>29</sup>. A los dos días de la entrada en vigor

<sup>29</sup>. Evidente en el art. 9.5ª de la LO 5/2000 y en la introducción de la Disposición adicional Cuarta a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, realizada por la LO 7/2000, de 22 de diciembre, antes de su entrada en vigor. Aunque la LO 7/2000 esté declaratoriamente relacionada con los delitos de terrorismo, también afecta a los delitos de homicidio doloso y asesinato, a los subtipos agravados de agresiones sexuales (art. 138, 139, 179, 180 CP) y aquellos otros sancionados en el Código Penal con pena de prisión igual o superior a quince años. Se trata de una reforma populista atenta a la alarma social que producen ciertos delitos y a la presión de la opinión pública (víctimas potenciales) más que a las necesidades educativas y de inserción social de los menores con peligrosidad criminal que informan la ley de responsabilidad penal de los menores (lo que es noticia es el fracaso de los objetivos de la ley, no sus aciertos).

de la nueva ley de responsabilidad penal del menor el Ministro de Justicia comparecía ante los medios de comunicación para transmitir a la opinión pública que la nueva ley no significaba la impunidad para los menores autores de delitos graves con el claro propósito de tranquilizarla.

Como ya he señalado, en el ordenamiento penal español sólo se pueden perseguir fines preventivo-generales a través de las penas y si bien es cierto que las medidas de seguridad pueden llegar a tener al menos en algún caso efectos preventivo-generales (menor que habiendo realizado un homicidio tiene que quedar sometido por su peligrosidad a un largo proceso educativo con internamiento), esa no es su finalidad ni directa ni indirecta sino un efecto fá-

---

Como señala GARCIA PEREZ, AP 2000, pp. 686 s. con relación a estas incongruencias de la ley «respecto a este grupo cualitativamente tan importante ha optado por situar en un primer plano las consideraciones de prevención general. Es interesante resaltar que aquí sigue un criterio distinto al que rige en materia de medidas de seguridad privativas de libertad para los inimputables, donde éstas nunca son obligatorias en virtud de la gravedad del delito. En efecto, su aplicación depende de que sean necesarias en función del pronóstico de peligrosidad». Sin embargo, también se puede ofrecer una explicación desde una perspectiva preventivo-especial. Es difícil que un menor que realiza ese tipo de hechos no presente serías deficiencias en su socialización o formación.

Los casos más problemáticos con respecto a estos delitos (p. ej. exceso en la legítima defensa, miedo no insuperable) precisan soluciones imaginativas que la dogmática puede proporcionar y que una interpretación generosa de la ley desde un punto de vista preventivo-especial (dejando de lado los aspectos preventivo-generales) puede permitir. Hay que tener en cuenta que de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Final Primera se pueden tener en cuenta las circunstancias atenuantes o las eximentes incompletas del Código Penal interpretadas desde el punto de vista de los fines educativos de la regulación de la responsabilidad penal de los menores.

A pesar de que no descuidar fines preventivo-generales pudiera ser la *voluntas legislatoris*, creo que muchos preceptos de contenido dudoso deben ser interpretados en una línea de prevención especial. Por ejemplo, la referencia en diversos lugares de la ley a la gravedad del hecho (arts. 18, 19, 39) se puede interpretar como un síntoma de necesidades preventivo-especiales que deben ser apreciadas por el Juez de Menores. Lo mismo cabe decir con respecto a la referencia al reproche (arts. 14, 23, 51) que se puede interpretar en una línea preventivo-especial más que como el reproche que se merece el menor como que éste pueda entender que ese tipo de conductas son reprochables. El que en la práctica las sanciones para menores se parezcan más o menos a las penas dependerá de las aportaciones doctrinales y de la aplicación judicial donde pueda haber fricciones entre diversos intereses preventivos. También se podría tener la sospecha de que en materia de terrorismo se ha querido que las sanciones operen como medidas inocuizadoras, pero ello no tiene porqué determinar la aplicación de las normas para menores en este ámbito.

En el mismo sentido, sobre ciertas incongruencias del Derecho Penal de menores como sistema de medidas, vid. también SANCHEZ GARCIA DE PAZ, AP 2000, pp. 715 ss.



tico. Esa función de prevención general sólo se puede entender como un efecto secundario o latente (no buscado) de la medida, pero no debe ser tenido en cuenta para determinar la clase y duración de la medida educativa que se ha de imponer al menor o, en general, a cualquier inimputable peligroso. La interpretación y la aplicación de los preceptos relativos a las medidas de seguridad y sanciones para menores deben estar orientadas teleológicamente de forma exclusiva hacia el cumplimiento de fines preventivo especiales. Reglas excepcionales al régimen general como las del art. 9.5ª y de la Disposición adicional Cuarta de la LO 5/2000 deben ser objeto de duras críticas por su incoherencia político-criminal.

Insistiendo en las ventajas político-criminales de la perspectiva aquí expuesta en otros ámbitos cabe señalar que facilita también tener en cuenta que los presupuestos de la medida de seguridad y las garantías y límites inherentes a dichos presupuestos no tienen nada que ver con los de las penas. Se debe diferenciar entre una política criminal basada en la culpabilidad y una política criminal basada en la peligrosidad criminal. Por ello, a pesar de que resulte digno de encomio el interés del legislador penal de buscar garantías y límites con respecto a la imposición de medidas de seguridad propiciando una mayor seguridad jurídica, se ha equivocado al traspasar mecánicamente ciertas garantías relacionadas con la imposición de penas a este ámbito, no habiendo apreciado el legislador las radicales diferencias que existen entre una y otra consecuencia jurídica, entre uno y otro sistema de responsabilidad penal. Por ejemplo, considerar que las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido es un límite arbitrario que no tiene nada que ver con las funciones propias de las medidas de seguridad<sup>30</sup>. Lo mismo cabe decir de la LO 5/2000 de responsabilidad penal de los menores que

<sup>30</sup>. Este tipo de límites ha sido tradicionalmente defendido en nuestra doctrina por MUÑOZ CONDE: *Adiciones I*, p. 124; *Introducción a Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, p. 28; *Estudios penales y criminológicos VI*, pp. 236 s.; *RFDUC* 83, pp. 502 ss.; *Control social*, pp. 69 ss., 74 ss.; *El nuevo Código penal*, p. 70. En el mismo sentido, MAPELLI/TERRADILLOS, *Consecuencias* 1ª ed. (1990), pp. 180 s., aunque posteriormente TERRADILLOS ha variado su opinión buscando soluciones extrapenales al problema de los delincuentes inimputables peligrosos.

Aunque reconoce las contradicciones internas de la actual regulación la justifica en cierta manera por razones de seguridad jurídica y con base en el principio de igualdad que han sido los argumentos básicos de esta opción, GARCIA ARAN, *Fundamentos*, pp. 131 ss., 150, manteniendo una cierta postura ecléctica.

En sentido contrario se habían venido manifestando curiosamente nuestros Tribunales hasta la entrada en vigor del CP 1995, modificando éste una situación que no resultaba problemática en la práctica y que lo que precisaba era una regulación más detallada con el objetivo de velar por las garantías y derechos individuales de los sujetos peligrosos. Por ejemplo,

la S. T. S. de 22 de enero de 1993 (RAJ 7987) había argumentado convincentemente como «cuando el enajenado hubiera cometido un hecho que la ley sancionare como delito, no puede ser entendida como una pena que se mida por la culpabilidad del agente. Muy al contrario, partimos de una situación en la que está ausente la capacidad de culpabilidad, y el internamiento y su duración vendrá determinado por la peligrosidad que represente el enajenado para la sociedad así como la evolución de su enfermedad, sin que sea decisivo la mayor o menor gravedad del delito cometido. De ahí que no pueda establecerse, en la aplicación de esta medida de seguridad, la misma duración que la que le correspondería a la pena a imponer si se tratase de un sujeto penalmente imputable. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los casos «Winterwerp», «Luberti» y «Ashingdane» ha venido precisando los requisitos que deben concurrir para que el internamiento de un enajenado sea conforme a derecho. Y como tales se citan los tres siguientes: a) debe haberse probado, de modo convincente y por medio de dictámenes periciales médicos, la enajenación mental del interesado; b) el trastorno mental debe revestir un carácter o amplitud que legitime el internamiento y c) el internamiento no puede prolongarse válidamente sin que persista dicho trastorno. Este mismo Tribunal tiene declarado, en el caso «Luberti», que debe existir un control posterior al internamiento del enajenado, realizado por intervalos razonables, en cuanto pueden desaparecer los motivos que inicialmente justificaron tal medida de seguridad. La única frontera temporal viene constituida por la recuperación o mejora de la salud mental del enajenado, que permita sustituir el internamiento por otra medida de seguridad o ninguna si no es necesario. Es, por el contrario, inadecuado que un límite temporal, previamente establecido, obligue a interrumpir un internamiento u otra medida de seguridad que sigue siendo precisa para salvaguardia de la comunidad y de la propia recuperación del enfermo. Como tampoco es permisible que se mantenga un internamiento que en modo alguno está justificado. La indeterminación temporal de esta medida de seguridad de ningún modo supone dar al enajenado peor trato de quien no lo es. Bien claro lo ha dejado el Tribunal Constitucional que en sus SS. 12/1988 y 24/1993 expresa la conformidad de la indeterminación temporal...con la Constitución, añadiendo que «no consagra una privación de libertad indefinida en el tiempo y dejada a la plena disponibilidad del órgano judicial competente...resulta obligado el cese del internamiento mediante la concesión de una autorización precisa, cuando conste la curación o la desaparición del estado de peligrosidad que motivó el mismo, correspondiendo al Tribunal Penal realizar los pertinentes controles sucesivos a tal fin». Esta Sala igualmente se ha pronunciado a favor de la indeterminación temporal del internamiento...como es exponente la S. 22-1-1993 (RJ 1993/299) en la que se afirma que «en caso de decretarse el internamiento, los Jueces sólo resolverán «a posteriori» en orden al momento de salir del establecimiento psiquiátrico, tras oír a los técnicos sanitarios, nunca «a priori». Si así se hiciere, no sólo se desdeñaría la posterior opinión de aquellos técnicos sino que se establecería un criterio decisorio inicial quizás precipitado si en ese momento se desconoce cuál fuera en el futuro la evolución mental del enajenado»».

Cada institución debe tener sus garantías propias y el principio de igualdad no obliga a tratar igual a los culpables que a los no culpables peligrosos (por ello en muchos casos se les puede dejar en libertad mucho antes que lo que correspondería si fueran condenados a una pena). No existe discriminación porque como han señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo existen razones normativamente atendibles para tratar de forma distinta a los inimputables peligrosos.

hace referencia en el art. 8.2 a que determinadas medidas privativas de libertad no podrán exceder en ningún caso del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable de acuerdo con el Código Penal<sup>31</sup>. En unas ocasiones la medida tendrá que durar menos o mucho menos que el hecho culpable y en otras ocasiones tendrá que durar más o mucho más. Los fines preventivos son distintos y, por ello, los límites inherentes a dichos fines preventivos no tienen que coincidir. En las medidas de seguridad la duración depende de la peligrosidad criminal del autor y no de la entidad del hecho cometido. La medida sólo mira al futuro, por lo que sólo puede ser limitada por la en-

---

No es ajena a la propuesta de MUÑOZ CONDE la idea (HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 149) de que «las consecuencias del Derecho penal, como se deduce de las propias metas de las penas y medidas y de la configuración legal de las mismas y su ejecución, forman una unidad y no dos vías diferentes» o de que (HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 165) «el sentido y la misión de las medidas sólo se pueden determinar suficientemente si no se las aísla de las misiones del Derecho penal, y de la pena, es decir, si se consideran todas las consecuencias del Derecho penal como una unidad. Los orígenes y las causas que hicieron surgir la pena y que las penas tengan que ver con categorías como pasado, represión, retribución de la culpabilidad, y las medidas con las de futuro, prevención y evitación de peligros, no son razones suficientes para separarlas hasta el punto que lo hace la actual doctrina». MUÑOZ CONDE siempre ha sido crítico con el sistema dualista, manteniendo la tesis diametralmente contraria a la del texto. Si se quiere sacar estas consecuencias de la crisis del concepto de culpabilidad –aunque la crisis sea de una determinada concepción y no del principio–, no hay que olvidar los fines preventivos que predominan en cada caso.

<sup>31</sup> Es evidente que por las características de los menores es preciso algún tipo de límite temporal, las sanciones no pueden ser indefinidas. En muchos casos la peligrosidad va desapareciendo con la progresiva madurez. Sin embargo se debía haber buscado otro tipo de límite ajeno a la pena como, por ejemplo, la edad hasta la que se puede estar sometido a estas medidas educativas coactivas. Ello con independencia, claro está, de que en los supuestos en los que el hecho es consecuencia de un error invencible o difícilmente vencible para un menor de esa edad o de una situación casual de inexigibilidad o de difícil exigibilidad no se puedan deducir necesidades educativas o de tratamiento especiales. Pero para ello ya está la regulación del art. 5.1. Resalta también la incongruencia de tomar como referencia de proporcionalidad en el Derecho Penal de menores la pena prevista en el Código Penal, criticando la S. T. C. 61/1998, de 17 de marzo que sienta esta doctrina, LASCURAIN SANCHEZ, "Proporcionalidad", pp. 169 ss.

Crítica con esta opción de la ley de responsabilidad penal del menor, SANCHEZ GARCIA DE PAZ, *AP* 2000, pp. 718 s. Coherentemente CEREZO MIR, *Lecciones*, p. 84, nota 28 dice lo siguiente sobre dicho art. 8: «El precepto me parece correcto en lo referente a las medidas de internamiento en régimen cerrado, en régimen semiabierto y en régimen abierto, así como a la permanencia de fin de semana, pues son materialmente penas. Me parece desacertado, en cambio, en relación con la medida de internamiento terapéutico del art. 7º, letra d), pues se trata de una medida de seguridad».

tividad de los hechos futuros pero no de los hechos pasados. La referencia a la gravedad del delito cometido sólo debería tenerse en cuenta como un dato más para enjuiciar la peligrosidad del sujeto no culpable. Por las mismas razones, criterios de imputación y de determinación de la gravedad de la pena como la comisión dolosa o imprudente del hecho o la realización de un delito o una falta sólo deberían tener virtualidad para la determinación de la clase y duración de la medida como indicadores de la peligrosidad criminal del sujeto<sup>32</sup>. El presupuesto que motiva la aplicación de la medida de seguridad no es un comportamiento antijurídico sino un estado peligroso de un sujeto reflejado en la comisión de dicho comportamiento. Como ha señalado RODRIGUEZ MOURULLO<sup>33</sup>, «la medida de seguridad se aplica no por lo que el sujeto ha hecho, por tanto, no por haber infringido un precepto, sino por lo que el sujeto es o por el estado en que se encuentra. Lo que se comprende fácilmente si se tiene en cuenta que la medida de seguridad es una sanción preventiva, en cuanto se establece no porque se haya violado un precepto».

Comparto, por todo ello, las críticas de que ha sido objeto la nueva regulación de las medidas de seguridad en el Código Penal por parte de un sector cualificado de la doctrina<sup>34</sup>. SILVA SANCHEZ<sup>35</sup>, por ejemplo, concluye su es-

<sup>32</sup>. Ello sin obviar que, por ejemplo, determinadas enfermedades mentales afectan a las representaciones del sujeto por lo que resulta difícil poder imputar un hecho a título de dolo. En estos casos o no se puede imponer una medida si no está tipificada la modalidad imprudente o la duración de la medida resultará insuficiente si no puede superar la pena correspondiente al delito imprudente. Vid. por todos, JOSHI JUBERT, *ADP* 89, pp. 130 ss. No se trata de resaltar aquí problemas sistemáticos, sino de que en casos que se precisan medidas preventivo-especiales, éstas no se pueden aplicar o ser insuficientes en virtud de los requisitos exigidos en los arts. 6 y 95 CP. Cabe recordar que esta autora en su día propuso como alternativa legislativa la imposición de medidas de seguridad a sujetos peligrosos aunque faltara algún presupuesto subjetivo del hecho antijurídico. Ello supone asumir una radical diferenciación entre la culpabilidad y la peligrosidad como presupuestos de las sanciones penales.

<sup>33</sup>. *PG*, p. 86.

<sup>34</sup>. BACIGALUPO ZAPATER, *Revista Canaria de Ciencias Penales* 2000, pp. 9 ss.; CEREZO MIR, *La Ley* 96, p. 1474; el mismo, *Lecciones*, pp. 68 ss., 101; GRACIA MARTÍN, *Lecciones*, pp. 308, 316 ss.; JORGE BARREIRO, *Comentarios al Código Penal* dir. por RODRIGUEZ MOURULLO, pp. 302 s.; el mismo, *ADP* 96, pp. 354 ss.; el mismo, *AP* 2000, pp. 504, 516; el mismo, *RDPC* 2000, pp. 183 ss., 219 s., señalando soluciones más funcionales como las del ordenamiento portugués; RODRIGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, pp. 42 s.; SILVA SANCHEZ, *El nuevo Código penal*, pp. 22, 39 s., 44 ss., destacando la desnaturalización de las medidas y la desaparición de un Derecho Penal de la peligrosidad tal y como lo conocemos desde hace más de un siglo. En sentido contrario: VIVES ANTON, *Comentarios*, p. 63.

<sup>35</sup>. *El nuevo Código penal*, p. 49.

tudio sobre la regulación de las medidas de seguridad en el Código Penal vigente resaltando que «lo que carece de sentido es pretender reconducir las medidas de seguridad a pseudo-penas, transponiendo mecánicamente las garantías de la pena a la medida. Más bien parece que, sin prescindir de la obvia referencia al futuro que es inherente a las medidas de seguridad, conviene avanzar en la línea de dotar a esta «segunda vía» de un sistema propio de garantías. Así, por ejemplo, la necesidad, la adecuación y la subsidiariedad, a la vista de la concreta peligrosidad del sujeto; y, por otro lado, la proporcionalidad tanto de la duración como del contenido de la intervención, tomando como base el pronóstico de comisión de hechos futuros y no sólo el hecho ya cometido». Por su parte JORGE BARREIRO<sup>36</sup> en esta misma línea ha respondido a los defensores de la opción del Código Penal español que «ninguna de las razones alegadas son convincentes para justificar la desafortunada formulación del NCP sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de las medidas de seguridad y las penas. Los objetivos políticocriminales que se pretenden conseguir con esta nueva fórmula del CP de 1995, sobre todo los de evitar el fraude de etiquetas y de garantizar los derechos fundamentales de los destinatarios de las medidas de seguridad (inimputables, arts. 101-103, y semiimputables, art. 104), se pueden lograr por otras vías que resulten más coherentes con los principios informadores del dualismo y que respeten las diferencias en la naturaleza, presupuestos y fines de la pena y de las medidas de seguridad».

En el ámbito de las medidas de seguridad postdelictivas los límites de la intervención estatal deben ser más intensos o estrictos que en el ámbito del Derecho Penal en sentido propio ya que en estos casos no existe un agresor plenamente culpable. Se debe buscar una proporción entre la peligrosidad criminal del sujeto y la reacción estatal, cosa que no tiene que ocurrir con el infractor culpable (que puede verse privado de libertad por la sustracción de una cosa). Por ello la intensidad de la consecuencia penal dependerá de la peligrosidad del autor para bienes jurídicos. Las medidas de seguridad tienen su fundamento en un estado de necesidad defensivo (defensa social) limitado porque el mal causado al que comete el hecho típico y antijurídico no sea mayor que el que se trata de evitar. La vigente opción político-criminal del Código Penal de 1995 resulta rechazable en la medida en la que no ha establecido dicha proporcionalidad con la peligrosidad sino con la pena que en general tiene el delito cuando la pena tiene otros fines preventivos y fundamentos distintos. La imposición de una medida de mayor duración que la pena puede ser en casos excepcionales una restricción legitimada en el marco de un Estado de Derecho si teniendo en cuenta la situación de necesidad la restricción de derechos se puede enten-

---

<sup>36</sup> RDPC 2000, p. 191.

der como proporcionada y no arbitraria (libertad individual frente a muertes y sufrimientos altamente probables). La decisión del Código Penal de 1995 loable por su propósito garantista resulta político-criminalmente desafortunada para casos de extrema gravedad<sup>37</sup>.

Por todo lo dicho, creo con un sector muy importante de nuestra doctrina que resultaba más acertada y más ajustada al sentido de las medidas la regulación del Proyecto de 1980 (art. 133) cuando establecía que «las medidas de seguridad guardarán proporción con la peligrosidad revelada por el hecho cometido y la gravedad de los que resulte probable que el sujeto pueda cometer» o, incluso, la de la Propuesta de Anteproyecto de 1983 (art. 88): «Las medidas de seguridad serán necesariamente proporcionadas a la peligrosidad criminal del sujeto y a la gravedad del hecho cometido y de los que sea probable que aquél pueda cometer». El Código Penal de 1995 se ha equivocado en mi opinión al establecer los límites inherentes al principio de proporcionalidad no en relación al presupuesto de la medida –la peligrosidad criminal– sino a un dato que opera sólo como garantía –el delito cometido– omitiendo cualquier referencia a los delitos que el sujeto pueda cometer en el futuro. La adopción de un criterio erróneo a la hora de fijar la medida proporcionada al caso creo que obedece en gran medida a la idea subyacente de que la medida es una consecuencia supletoria de la pena, más que una consecuencia con finalidades completamente diferentes. Aunque sea cierto, como señala GARCIA ARAN<sup>38</sup>, que «la opción definitiva del CP 1995 tiene, probablemente, mucho que ver con el prejuicio –desde luego, no carente de fundamento– y la inquietud que produce el fundamento de intervenciones coactivas sobre los individuos basadas en un pronóstico», como esta misma autora reconoce «las garantías introducidas y su paralelismo con la imposición de las penas, supone un acercamiento a la filosofía que preside a estas últimas...con ello no parece sino confirmarse el desdibujamiento de las fronteras entre penas y medidas de seguridad, al menos, en lo relativo a su orientación y sus garantías». Por ello, tengo que mostrar mi conformidad con RODRIGUEZ MOURULLO cuando tras resaltar una cierta e indeseable asimilación entre medidas y penas en el Derecho vigente concluye

<sup>37</sup>. Obvio aquí otras consideraciones sobre la nueva regulación de las medidas como la de JORGE BARREIRO, *RDPC* 2000, p. 192: «Los problemas de seguridad jurídica que suscitan las medidas de seguridad privativas de libertad deben resolverse, sobre todo, mediante una determinación precisa de los presupuestos legales para su aplicación, y a través del uso moderado de tales sanciones y de su revisión periódica por parte de los tribunales de justicia. La confusa regulación que nos ofrece el NCP sobre las medidas de seguridad, y particularmente acerca del principio de proporcionalidad, no facilita la labor judicial ni permite satisfacer convenientemente las exigencias de seguridad jurídica».

<sup>38</sup>. *Fundamentos*, p. 133.

su comentario al art. 6 CP<sup>39</sup> poco después de su entrada en vigor manteniendo que aunque la actual regulación gana con respecto a las regulaciones del Proyecto y Propuesta de Anteproyecto en precisión que llega a ser matemática en cuanto a la duración de la medida «ya se sabe que cuando se trata de ofrecer criterios rectores como el que estamos comentando, al igual que sucede con el principio no hay pena sin culpabilidad, no se aspira a alcanzar una certeza matemática».

Lo importante, más allá de debates teóricos y de las dificultades de aplicación y determinación de este límite temporal relacionado con la pena, es que existe un problema social con aquellos sujetos altamente peligrosos que de acuerdo con la ley tienen que ser puestos en libertad porque la medida no puede durar más que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido. No creo que lo dispuesto en la Disposición adicional primera que demanda al Ministerio Fiscal que inste el internamiento conforme a las normas de la legislación civil cubra suficientemente este problema político-criminal que debería ser resuelto por la propia regulación de las medidas de seguridad encaminadas a dichos fines preventivos<sup>40</sup>. El Derecho Civil no puede suplir las funciones que debe asumir el Derecho Penal. Como ha señalado recientemente JORGE BARREIRO<sup>41</sup> «no se pueden ignorar las ventajas del sistema penal sancionador, ajustado al marco de un Estado de Derecho, para resolver los graves problemas de la delincuencia generada por enfermos mentales criminalmente peligrosos, ni los inconvenientes que plantea la búsqueda de falsas soluciones en

<sup>39</sup>. *Comentarios al Código Penal*, p. 43.

<sup>40</sup>. Críticos también con esta regulación: CEREZO MIR, *La Ley 96*, p. 1474; el mismo, *Lecciones*, pp. 69 s.; JORGE BARREIRO, *AP 2000*, p. 505, nota 45 *in fine*; el mismo, *RDPC 2000*, p. 188, con notas 26 y 28; SILVA SANCHEZ, *El nuevo Código penal*, p. 40.

Habían propugnado una solución de este tipo: QUINTERO OLIVARES/MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, pp. 82 s.

Tampoco han quedado resueltos preocupantemente los casos en los que no es posible llevar a cabo un proceso educativo o de tratamiento psiquiátrico o de desintoxicación (por ejemplo, psicopatías o delincuentes de tendencia interna incontrolable). La inexistencia de medidas de seguridad en sentido estricto –aunque todas las medidas tengan ese nombre– o de otro tipo de medidas (p. ej. de terapia social) propicia en la práctica que en caso de inimputables altamente peligrosos se opte por la pena, cuando con ésta ni siquiera se puede intentar algún tipo de tratamiento o terapia adecuados a este tipo de delincuentes. El problema se ve agravado, por ejemplo, en el caso de las psicopatías, ya que el Tribunal Supremo se resiste a entenderla como causa de exclusión de la culpabilidad, pero progresivamente la va entendiendo como causa de semiimputabilidad o de atenuación importante de la pena. En este campo de difícil solución queda todavía un debate pendiente. Vid. por todos, CEREZO MIR, *Lecciones*, pp. 70 ss., con amplias referencias.

<sup>41</sup>. *RDPC 2000*, p. 222.

otras ramas del ordenamiento jurídico, que no están pensadas para afrontar la problemática relacionada con la peligrosidad criminal del enfermo mental delincuente y con las exigencias de prevención especial que sólo pueden asumir, hoy por hoy, las medidas de seguridad criminales».

La plasmación técnica del sistema dualista o de doble vía en el Código Penal de 1995 resulta deficiente y da lugar a disfuncionalidades. Ello ha afectado también al Derecho Penal de menores, aunque con los menores los problemas sean distintos. Cada consecuencia penal debe tener presupuestos, requisitos y garantías propias en relación a sus fines y en función de los problemas sociales que pretende resolver. No se pueden desarrollar todas las soluciones penales en relación al principio material de culpabilidad o tratando todas las consecuencias penales como si fueran penas. Por ello creo conveniente resaltar el carácter no unitario o monista del Derecho Penal español. Junto al Derecho Penal de culpabilidad y penas existen otras formas de responsabilidad penal con presupuestos, garantías y criterios de imputación distintos.

#### IV. CONSECUENCIAS QUE NO PERTENECEN AL DERECHO PENAL

##### 1. La responsabilidad civil

La responsabilidad civil regulada en el Título V del Libro I no es una consecuencia del delito sino una consecuencia jurídica de los daños y perjuicios causados por la infracción penal (art. 109.1 CP)<sup>42</sup>. Como señala en la actualidad el Código Penal, no se trata en realidad de una consecuencia penal sino de una consecuencia *derivada* de los delitos y faltas. Al tratarse de una consecuencia del perjuicio y no del hecho delictivo, pueden darse supuestos de hechos delictivos sin perjuicio (tentativa, delitos de peligro abstracto) al igual que existen perjuicios desvinculados de la comisión de hechos delictivos. La responsabilidad civil sólo se ocupa de restablecer la situación fáctica modificada con la infracción penal a su situación original en la medida de lo posible no teniendo como finalidad la prevención de futuras infracciones penales. Como prescribe el art. 116.1 CP, «toda persona criminalmente responsable de

<sup>42</sup>. Las costas procesales por su parte son una consecuencia de los gastos del proceso.

Esta afirmación es evidente en los arts. 61 ss. de la Ley de responsabilidad penal de los menores, donde se ha buscado con buen criterio que el resarcimiento de daños y perjuicios no produzca disfuncionalidades innecesarias en el procedimiento estrictamente penal (vid. punto 8 de la Exposición de Motivos) como sucede en ocasiones en el Derecho Penal de adultos.



un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios». Por ello el perjudicado puede optar siempre por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil (art. 109.2 CP), aunque por razones de economía procesal sea lógico que se pueda aprovechar el procedimiento penal para solventar la eventual responsabilidad civil derivada de delito o falta. Ya se ha afirmado más arriba como el órgano que impone la consecuencia no determina la naturaleza de la misma. Esta afirmación no presenta grandes problemas ya que la doctrina no duda de su carácter extrapenal (salvo en su día PUIG PEÑA<sup>43</sup>) a pesar de que la responsabilidad civil se encuentre regulada en el Código Penal como viene siendo tradicional en nuestra historia legislativa. Ya el art. 1092 del Código civil establece que las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal. Esta responsabilidad se rige por criterios de responsabilidad civil extracontractual (ajenos a la función del Derecho Penal) y en caso de lagunas es preciso acudir a la regulación del Código Civil. La antiquísima discusión sobre si la responsabilidad civil derivada del daño producido por delito o falta y las costas procesales deben estar reguladas o no en el Código Penal es una discusión que ocupa un plano totalmente secundario. Se trata de un problema meramente formal. En realidad las razones por las que en la actualidad la regulación de la responsabilidad civil derivada de delito se encuentra en el Código Penal son fundamentalmente históricas<sup>44</sup>. Dicha presencia hace que en nuestro ordenamiento la responsabilidad civil derivada de delito o falta esté dotada de unos mecanismos peculiares que la diferencian del régimen de las demás obligaciones civiles en beneficio del perjudicado por el delito, lo cual no es desaprovechado por las víctimas de los delitos en la práctica forense.

---

<sup>43</sup>. PG, p. 504.

<sup>44</sup>. Así las explicaba SILVELA, *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España II*, pp. 200 ss., que consideraba que estamos ante una materia que es «como se comprende sin esfuerzo, enteramente ajena al Derecho penal, pues si, como decían los romanos, las obligaciones nacen del contrato y del cuasi-contrato, del delito y del cuasi-delito, la responsabilidad civil será una obligación como otra cualquiera, regulada por el mismo Derecho civil, por más que tenga un origen diverso que el de la mayoría de las que son objeto de sus disposiciones... El Código, sin embargo, se ocupa de la responsabilidad civil, teniendo, sin duda, en cuenta, para ello, la imperfección de nuestra legislación antigua, la dificultad de decidir por ésta las cuestiones sobre la materia, y la conveniencia, por tanto, de establecer preceptos claros y precisos, brindándose fácilmente la ocasión cuando se promulgaba un Código penal. Por esto nosotros, siguiendo la práctica constante, tratemos de este punto, si bien con la protesta de que es ajeno al derecho penal».

Sobre la evolución de la responsabilidad civil en Proyectos y Anteproyectos anteriores, vid. GARCIA-PABLOS, PG, pp. 81 s.

Cabe señalar que entender que la restitución, reparación e indemnización de daños y perjuicios no pertenezcan al Derecho Penal ni tengan que ver con su función no significa que esta cuestión no pueda ni deba ser tenida en cuenta en el marco del ordenamiento punitivo. La respuesta punitiva al delito puede tener en cuenta accesoriamamente estos datos. La indemnización de la víctima o la reparación voluntaria del daño afecta a la resolución del delito como conflicto social, con lo cual no se puede negar la conveniencia de que se tengan en cuenta en los casos en los que lo hace el Derecho vigente:

- En la sustitución de las penas privativas de libertad (art. 88) se tiene en cuenta de forma especial el esfuerzo para reparar el daño causado.
- Para la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (art. 81.3ª) -incluso para la regulación especial de los drogodependientes (art. 87)- se tiene también en cuenta que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles salvo imposibilidad total o parcial.
- Para cancelar los antecedentes penales (art. 136.2) se deben tener satisfechas las responsabilidades civiles provenientes de la infracción, excepto en los supuestos de insolvencia.
- Operando como circunstancia atenuante genérica (21.5ª) o específica y cualificada (art. 340)<sup>45</sup>.

Es lógico que en estos casos se tenga en cuenta la reparación o la voluntad de reparación como un instrumento de política-criminal a la hora de resolver los conflictos sociales. Ello posibilita un tratamiento global del delito que puede dar lugar a soluciones socialmente más satisfactorias. En estos supuestos la reparación, aunque tradicionalmente ha sido un instituto de Derecho Privado, puede ayudar al Derecho Penal a cumplir los fines que le son propios. No tiene sentido que consecuencias penales y consecuencias civiles del delito operen de forma paralela sin interdependencias, sobre todo en la medida en la que la reparación voluntaria puede relativizar no el merecimiento pero sí la necesidad de pena. Sin embargo, ello tiene que ver ya con las funciones sociales que se le vienen asignando al Derecho Penal. No se deben confundir estas cuestiones con una indeseable privatización del orden penal que en realidad supondría modificar sus fines y funciones en la medida en la que con ella el Estado

---

<sup>45</sup>. Es dudoso que se pueda interpretar bajo estos parámetros la regulación de la regularización de la situación en los arts. 305.4, 307.3 y 308.4 CP. Sí se puede interpretar en este sentido lo dispuesto en los arts. 321, 323 y 339 CP, aunque no se trata más que de supuestos específicos de reparación del daño derivado del delito.

se desentendería de la solución de los conflictos sociales más importantes, de las necesidades preventivo-generales de una determinada sociedad o de la obligada protección de las víctimas potenciales de delitos. Sin embargo, por fortuna, esta no parece ser una evolución que se pueda pronosticar en un horizonte cercano respecto al Derecho Penal español<sup>46</sup>, aunque a veces en ciertos aspectos residuales de la legislación penal o en la praxis forense se olvide que la función del Derecho Penal es asegurar estándares o reglas de conducta y reaccionar frente al incumplimiento de dichos estándares o reglas por razones de prevención general y no la de asegurar que la víctima cobre o que se cumplan sus expectativas indemnizatorias<sup>47</sup>.

Evidentemente en los sistemas normativos preferentemente orientados a la prevención especial y, sobre todo, a la educación se debe valorar positivamente la utilización de la conciliación y reparación<sup>48</sup> como medida educativa así como las soluciones extraprocerales, debiendo tener un mayor peso que en el Derecho Penal de culpabilidad y penas. Insisto en las diferencias fundamen-

<sup>46</sup>. Mantienen, por ejemplo, la cuestión en sus justos términos: GARCIA-PABLOS, PG, p. 19; SILVA SANCHEZ, PJ n° 45, pp. 187 ss.; el mismo, "Posición de la víctima", pp. 444 ss.; el mismo, *La expansión*, pp. 55 ss. Todavía hay márgenes para reflexionar sobre las relaciones entre prevención general y reparación con respecto a la pequeña delincuencia de no reincidentes, aunque dichas reflexiones estén pendientes de mayores estudios empíricos todavía insuficientes.

<sup>47</sup>. Desafortunada en sus considerandos –aunque se pueda compartir el fallo– la S. T. C. 120/2000, de 10 de mayo, al argumentar (fto. jco. Tercero) que «no es necesario insistir, de un lado, en la licitud de la persecución de la indemnización civil a través del procedimiento penal una vez que el sistema jurídico lo posibilita en atención a criterios de eficacia y funcionalidad de la Justicia que no cabe considerar arbitrarios. De otro lado, que tampoco puede tacharse de arbitraria la posibilidad de que el ofendido vea satisfechas sus pretensiones de justicia con la obtención extraprocera de la reparación económica de un daño, cuya valoración lleva a cabo en atención a sus circunstancias personales».

<sup>48</sup>. El art. 19 de la LO 5/2000, entiende producida la conciliación «cuando el menor reconoce el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas» y entiende por reparación «el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva». Según la Exposición de Motivos (punto 13) la conciliación tiene por objeto que la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor mientras en la reparación el acuerdo no se alcanza únicamente mediante vía de la satisfacción psicológica, sino que se requiere algo más. También señala, en la línea del texto, como el papel asignado a la conciliación y a la reparación se debe al predominio «de los criterios educativos y resocializadores sobre los de una defensa esencialmente basada en la prevención general y que pudiera resultar contraproducente en el futuro». Como determina el art. 19.2 de la LO 5/2000 la conciliación y la reparación son independientes de la responsabilidad civil derivada de delito o falta obedeciendo a razones político-criminales propias de este subsistema jurídico-penal.

tales que existen entre el Derecho Penal de adultos y el de menores por las diferencias de sus fines preventivos. Es tan erróneo contemplar el Derecho Penal de menores desde la perspectiva del de adultos como intentar trasladar determinadas medidas de flexibilización o diversión del ámbito del Derecho Penal de menores al de adultos. Lo que es funcional en un sistema puede no serlo en otros por la diversidad de fines.

Al no tratarse de una consecuencia penal las normas de responsabilidad civil no se ven afectadas por las garantías penales y de la aplicación de la Ley penal contempladas en el Título Preliminar del Código Penal (por ejemplo, prohibición de irretroactividad o analogía en perjuicio del reo)<sup>49</sup>. También se puede exigir responsabilidad civil aunque se haya extinguido la criminal por alguna de las razones contemplada en los arts. 14, 20. 1º, 2º, 3º, 5º, 6º<sup>50</sup> ó 130 CP, ya que la responsabilidad civil es independiente o autónoma de la penal al no ser consecuencia del delito sino sólo del daño o perjuicio ocasionado con éste. Por ejemplo, en caso de muerte del reo la responsabilidad se transmite a los herederos.

El modelo procesal español de la LECrim. de acumulación de la pretensión civil a la penal carece de relevancia a los efectos que aquí interesan. Aquí no es el momento para pronunciarse sobre los peligros que acarrea este sistema relativos a la instrumentalización del proceso penal para fines particulares y a las condenas en las que priman consideraciones reparatorias o indemnizatorias frente a los criterios de imputación estrictamente penales así como la heterogeneidad de las cuestiones que se llegan a plantear en un proceso que pueden hacer éste especialmente complejo desviándolo de la cuestión central: la constatación de la comisión de un delito o falta y la correspondiente imposición de una pena u otra consecuencia penal. El proceso penal se utiliza en muchos casos para fines que no son propios del Derecho Penal provocando mediante un efecto de arrastre una inflación de la responsabilidad penal. Estas cuestiones que conoce cualquier persona dedicada a la práctica forense no afectan al contenido material del Derecho Penal cuyas características peculiares son olvidadas en la práctica judicial en muchas ocasiones. Sólo cabe resaltar que si se utiliza la responsabilidad penal como medio de satisfacer la res-

<sup>49</sup>. La referencia en la Disposición final sexta a que los preceptos relativos a la responsabilidad civil (Título V del Libro I, arts. 193, 212, 233.3 y 272 así como ciertas disposiciones adicionales, transitorias y finales) tienen carácter de Ley ordinaria no es un argumento decisivo en contra de la naturaleza penal de estos preceptos, pero indica sus peculiaridades dentro del código que entiende que la responsabilidad civil no se debe ver envuelta por las mismas garantías formales que la penal.

<sup>50</sup>. Vid. arts. 118 y 119.

ponsabilidad civil se están pervirtiendo los fines del Derecho Penal como sistema normativo que forma parte del Derecho Público.

## 2. Otras medidas preventivas

### 2.1. Medidas preventivas predelictivas

Las medidas de seguridad predelictivas, es decir, aquéllas que se imponen para prevenir delitos a personas que todavía no han realizado un hecho previsto como delito, es decir, un hecho típico y antijurídico, son claramente medidas policiales o de Derecho administrativo. Se trata de restricciones de derechos que utiliza el poder ejecutivo en el ejercicio de su obligación de evitar la comisión de hechos delictivos. No toda limitación o restricción de derechos con la finalidad de evitar la comisión de hechos delictivos tiene naturaleza jurídico-penal. Piénsese, por ejemplo, en la LO 1/92 de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana<sup>51</sup> que prevé la adopción de diversas medidas que tienen como finalidad la prevención de la comisión de delitos. Como ya he señalado al principio de mi argumentación, sólo pertenecen al Derecho Penal aquellas consecuencias preventivas que tienen como presupuesto una acción u omisión dolosa o imprudente penada por la ley (art. 10 CP). La prevención de delitos no es una labor exclusiva del Derecho Penal, éste sólo actúa preventivamente si al menos se ha cometido un hecho antijurídico tipificado como delito. Si se pretende que el Derecho Penal abarque todos los medios jurídicos de lucha contra la criminalidad se le hace perder completamente sus contornos, que de acuerdo con lo desarrollado hasta aquí han quedado claramente definidos. En muchos casos el Derecho Penal se quiere extender a cualquier medio estatal de prevención del delito. Sin embargo, sólo parte de esos instrumentos se merecen el calificativo de Derecho Penal en nuestro ordenamiento jurídico: aquéllos que tienen como presupuesto la comisión de una infracción penal. Si alguien no comete dolosa o imprudentemente un hecho tipificado como delito o cometiéndolo está justificado no se le puede imponer una consecuencia penal (salvo las consecuencias accesorias, pero incluso en este caso sólo es posible la imposición si un tercero ha cometido una infracción penal).

La doctrina española comparte la idea de que resulta ilegítimo combatir la peligrosidad criminal antes de la comisión de un hecho previsto como delito

---

<sup>51</sup>. Comentada ampliamente en *Comentarios a la Legislación Penal* dir. por COBO DEL ROSAL, Tomo XV (1994).

que exteriorice dicha peligrosidad. Esta línea preventiva es una opción vetada en nuestro Estado de Derecho.

No se puede olvidar, sin embargo, que con este punto de evidente acuerdo la cuestión no queda zanjada. Existe un sistema jurídico alrededor del Derecho Penal que pretende evitar la comisión de hechos punibles ya que el Estado no puede limitarse a intervenir sólo cuando ya ha pasado algo. Los problemas constitucionales y valorativos que pueden plantear estas medidas preventivas predelictivas y sus límites son ya, por suerte, una cuestión ajena a la Ciencia del Derecho Penal. La protección de los derechos fundamentales y de las libertades básicas deben primar en nuestro ordenamiento cuando alguien no es declarado sujeto activo de un hecho típico y antijurídico, como quedó claro con la declaración de inconstitucionalidad de algunos preceptos de la referida Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana<sup>52</sup>.

Las medidas preventivas pre-delictivas que impliquen una restricción generalizada del contenido esencial de ciertos derechos para evitar la comisión de injustos son incompatibles con el *status* básico de ciudadano. Aunque fuera técnicamente posible en algún momento el control y la vigilancia policial continuada de los ciudadanos para prevenir que delincan esta alternativa instrumental sería incompatible con nuestro régimen de libertades. En esa indeseable sociedad disciplinaria no existiría una auténtica paz social y dicho orden social no se guiaría por las mismas coordenadas de nuestro actual Estado de Derecho con sus correspondientes garantías. Lo mismo cabría decir de medidas más puntuales como, por ejemplo, el castigo de cualquier tipo de consumo de pornografía con el fin de evitar delitos contra la libertad sexual.

## 2.2. *¿Existe un «Derecho Penal del enemigo» en el Derecho Penal español?*

Sin embargo, que se pueda diferenciar con cierta limpieza en la actualidad entre los sistemas de prevención de delitos que pertenecen al Derecho Penal y los que son ajenos a él no soluciona todos los problemas de legitimidad, valorativos y constitucionales relativos a la protección de la seguridad ciudadana y el orden público y la tipificación de conductas que están vinculadas a la comisión de hechos delictivos. Se plantean todavía arduos problemas para la Ciencia del

<sup>52</sup> Vid. por todos, GIMBERNAT ORDEIG, "La contrarreforma penal de 1995", pp. 418 ss.

Una reflexión muy general sobre la permanente tensión existente entre libertades y seguridad y la utilidad de la policía para la prevención de delitos en HASSEMER, "La policía en el Estado de Derecho", en *Persona, mundo y responsabilidad*.

Derecho Penal en ciertas zonas límite, especialmente en lo referente a la lucha contra la delincuencia organizada. El delito de blanqueo de capitales representa un buen ejemplo aunque la doctrina se haya esforzado en vincularlo con la lesión o puesta en peligro del orden socioeconómico o interpretarlo como un delito contra la Administración de Justicia. También se puede apreciar como tendencia, por ejemplo, que a veces se tipifican como delitos conductas que anticipan tanto la protección de bienes jurídicos o la prevención de injustos penales que aunque dichas normas se encuentren formalmente dentro del Derecho Penal español representan más un Derecho de prevención policial de injustos que de prevención mediante retribución del hecho cometido. Recordando lo que dice JAKOBS en un trabajo reciente sobre La Ciencia del Derecho Penal, ésta «tiene que indagar el verdadero concepto de Derecho Penal...el éxito de esta empresa no está garantizado pues puede que circulen comunicaciones bajo la rúbrica de «Derecho penal», sin pertenecer a su concepto»<sup>53</sup>.

Ello es lo que sucede con lo que este autor denomina Derecho Penal del enemigo para diferenciarlo del Derecho Penal del ciudadano (que implica ciertas valoraciones constitucionales)<sup>54</sup>. Aunque no está claro cómo se define

<sup>53</sup>. "La ciencia del Derecho Penal", pp. 121 s.

<sup>54</sup>. Primeras exposiciones en *ZStW* 97, pp. 753 ss. y *PG*, 2/25 c. Recientemente "La ciencia del Derecho Penal", pp. 125, 137 ss. Sobre estos planteamientos de JAKOBS: BARATTA, *Pena y Estado*, pp. 46 s., resaltando el importante valor político-criminal de esta aportación; KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 182 ss., asumiendo ciertos aspectos y criticando otros, resaltando como no se trata de un problema dogmático sino que el problema de fondo es que ciertos tipos penales presentan problemas de legitimidad en el marco de un Derecho Penal liberal del ciudadano (p. 188).

En una línea cercana FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 807 ss., exponiendo lo que denomina el subsistema penal de excepción en Italia que supone un modelo de crítica político-criminal. Este autor coincide en muchos puntos con el diagnóstico crítico de JAKOBS e insiste en que el ciudadano es tratado como enemigo, no pudiéndose hablar de Derecho sino de guerra interna del sistema contra sus principales adversarios.

Las características de este grupo normativo serían las siguientes según JAKOBS: 1) amplio adelantamiento de la intervención del Derecho Penal, en muchos casos con un enriquecimiento subjetivo de los tipos, 2) falta de una reducción de la pena proporcional a dicho adelantamiento, 3) supresión de garantías procesales. A ello habría que sumar una cierta exasperación punitiva en todos aquellos delitos en los que más que la retribución del hecho pesa la prevención de la delincuencia organizada o la lucha contra la misma (delitos relativos al tráfico de drogas o contra los derechos de los ciudadanos extranjeros) e, incluso, la excepción de criterios generales de imputación. Por ejemplo, en ámbitos como los delitos de terrorismo o narcotráfico se equiparan actos preparatorios con ejecución del tipo así como los diferentes niveles de responsabilidad por el hecho que se suelen diferenciar (conductas de participación y autoría).

quién es enemigo (no se sabe, por ejemplo, si es una definición normativa u objetiva -¿Pertinencia a una organización?- o es el propio autor el que se coloca en el *status* de enemigo<sup>55</sup>) esta definición funcional abre una posibilidad de crítica a ámbitos que no se merecen materialmente el calificativo de Derecho Penal y cumplen más bien una función de prevención policial o cuasi-policial. Lo decisivo no es en algunos supuestos tanto el hecho cometido como el tipo de autor que lo comete o su *animus*. La reciente LO 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación del Código Penal ha engrosado este creciente apartado poco estudiado del Derecho Penal español.

No cabe duda, con independencia de su denominación, que existe un Derecho Penal relacionado con organizaciones criminales (terroristas, dedicadas a tráfico ilegales, racistas, etc.) que son concebidas como un Estado extranjero con el que se está combatiendo una guerra de la que depende la supervivencia de la sociedad y por ello sus integrantes y dirigentes no son tratados como el resto de los ciudadanos. El alcance de dicho Derecho Penal depende de la existencia de alternativas funcionales en el ámbito del Derecho policial como sistema normativo de apoyo a aquél. Ante las carencias de éste, en situaciones que se entienden de crisis, se opta por intervenir simbólicamente con el Derecho Penal aunque la eficacia de ese tipo de normas sea más que discutible. No es este sin embargo el lugar para retomar el debate político-criminal sobre el Derecho Penal simbólico desde una perspectiva general. Más bien se trata de señalar que las últimas reformas del Código Penal obligan de nuevo a la doctrina a desempeñar un especial esfuerzo en una materia que en los últimos tiempos había sido abandonada con el objeto de sentar criterios para delimitar lo que todavía se puede aceptar como responsabilidad penal (aunque sea del enemigo) y el campo de las medidas de prevención de delitos que no implican responsabilidad penal (aunque siempre se pueda encontrar en última instancia algún tipo de bien jurídico legitimante). Si no se lleva a cabo un esfuerzo para diferenciar el Derecho Penal de otros posibles sistemas normativos que tengan como función servir de acompañamiento o refuerzo de normas penales ese espacio será ocupado por el ordenamiento penal unificando la prevención de in-

---

<sup>55</sup>. JAKOBS, "La ciencia del Derecho Penal", p. 138, fundamenta este *status* de enemigo de la siguiente manera: «el que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como persona. Si no existe esa garantía o incluso es negada expresamente el Derecho penal pasa de ser una reacción de la sociedad ante el hecho de uno de sus miembros a ser una reacción contra un enemigo. Esto no ha de implicar que todo esté permitido, incluyendo una acción desmedida; antes bien, es posible que al enemigo se le reconozca una personalidad potencial, de tal modo que en la lucha contra él no se puede sobrepasar la medida de lo necesario».



justos penales mediante retribución con la prevención de factores criminógenos. En ese caso tendremos que asumir que se pueda ingresar a alguien en prisión no por la peligrosidad que encierre una conducta para bienes jurídicos ajenos, sino por los meros contenidos criminógenos difusos de la expresión o las reacciones y sentimientos (perplejidad, indignación, etc.) que provoca. En qué medida el Derecho Penal de una sociedad democrática puede soportar a largo plazo una prevención de este tipo encaminada a la paz pública o a la paz social<sup>56</sup> resulta una incógnita.

Por ejemplo, no se debe confundir el nuevo art. 578 de exaltación del terrorismo en su primer apartado (el enaltecimiento o justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución) con la apología del terrorismo en sentido estricto (art. 18 en relación al art. 579 CP<sup>57</sup>) donde el sujeto interviene en la organización del delito incitando directamente a cometerlo y el Derecho y la sociedad parecen carecer de alternativas al Derecho Penal para resolver este tipo de situaciones en las que en algunos casos la omisión de respuesta puede causar cierto desconcierto o desorientación social por el tipo de delitos gravísimos con los que están relacionados. Si la sociedad no dispone de capacidad de aguante y no existe una respuesta alternativa suficiente es difícil aportar argumentos que puedan frenar la tendencia a que en los casos de apología del art. 18 CP se acuda a la

<sup>56</sup> Según JAKOBS, *PG*, 2/19 s. la paz social no debe ser entendida en sentido normativo sino descriptivo, relacionada con intranquilidades irracionales enraizadas en sectores importantes de la población. JAKOBS describe como este fenómeno obedece a que «una sociedad no ilustrada no se adapta a un Derecho Penal ilustrado». El injusto no tendría que ver directamente con sus consecuencias sociales sino con las reacciones que suscita como consecuencia de valores, representaciones o temores socialmente extendidos. En estos casos el ordenamiento penal no acaba de poder prescindir de ciertos datos fácticos. Para ROXIN, *PG*, 2/12, 15 la paz pública entendida como la reacción de indignación que provocan determinadas acciones es un bien jurídico digno de protección penal. Es evidente que este punto sobre los límites de la eficacia legitimante de la teoría del bien jurídico está necesitado de un mayor desarrollo. La última reforma del Código Penal lo ha puesto de manifiesto.

<sup>57</sup> Baste recordar aquí mis críticas al art. 607.2 CP en *La Ley* 98, Cuadernillo n° 4693, pp. 4 s. e *ICADE* 97 n° 42, pp. 121 ss. Las críticas contra la tipificación de la negación o justificación del genocidio son válidas con las diferencias criminológicas y sociológicas correspondientes para la tipificación del enaltecimiento o de la justificación del terrorismo. Vid. también en la misma línea los posteriores artículos de CUERDA ARNAU, *PJ* n° 56, pp. 63 ss. y LANDA GOROSTIZA, *AP* 99, pp. 689 ss. El resultado de la actual cuestión de inconstitucionalidad a la que está sometido el art. 607.2 afectará sin duda a la vida jurídica del nuevo art. 578 y de dicha doctrina dependerá el futuro ámbito de legitimidad del Derecho Penal español.

pena<sup>58</sup>. En este caso ciertos datos fácticos sobre la sociedad y su situación coyuntural –en la medida en la que sean conocidos por el autor del delito– pueden hacer que retrocedan ciertas consideraciones de índole axiológico en el marco del Estado de Derecho. La relevancia social de una conducta (peligrosidad, producción de inseguridad, etc.) depende del contexto social y de la normalidad de la convivencia. Como señala JAKOBS<sup>59</sup> los individuos no sólo precisan una respuesta normativa teniendo la certeza de que nadie tiene derecho a matar sino también una seguridad fáctica de que con un alto grado de probabilidad nadie va a matar. Quizás se pueda afirmar como hace este autor que se trata de injustos parciales si se tiene en cuenta en este caso el contexto en el que se realiza la apología (con independencia del *animus* o de la actitud interna)<sup>60</sup>. Ello se podría predicar también, por ejemplo, de la tenencia, fabricación depósito, tráfico, transporte o suministro de componentes de armas, municiones o sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes (nuevo art. 577 CP) en la medida en la que según la Exposición de Motivos de la LO 7/2000 «la actual legislación no facilita que se condene a quienes interviniendo en estas acciones portan, no ya los explosivos o armas que provocan incendios o destrozos, sino solamente los componentes necesarios para provocar la explosión». Por esta razón se tipifica un supuesto específico de participación intentada –acto preparatorio en general impune– que rompe las reglas generales de imputación, pero que se ha decidido castigar ya que la experiencia demuestra que este tipo de conductas forman parte habitualmente de la organización de hechos delictivos.

Una situación conflictiva puede hacer que una conducta en general inofensiva frente a la que la sociedad no tiene necesidad de defenderse adquiera un significado social distinto. Sin embargo, y sin olvidar estas consideraciones

<sup>58</sup>. JAKOBS, "La ciencia del Derecho Penal", p. 137. En nuestra literatura SILVA SANCHEZ, *El nuevo Código penal*, pp. 148 ss., considera que se debe acudir al Derecho Penal para proteger ciertos bienes jurídicos importantes frente a formas de agresión inequívocas. Lo que representa una forma de agresión inequívoca no tiene una frontera fija que dependa sólo del contenido de la expresión sino que está condicionado también por el contexto. Por ello no hace falta, por ejemplo, castigar conductas que ensalcen públicamente ciertos supuestos de insumisión o enaltezcan a ciertos insumisos aunque se pueda entender dicha apología como una nítida incitación directa a un generalizado incumplimiento de la prestación social sustitutoria..

<sup>59</sup>. "La ciencia del Derecho Penal", p. 138.

<sup>60</sup>. PG, 2/25 c. La consecuencia lógica de esta afirmación debería ser que los actos preparatorios deberían tener una penalidad inferior que el correspondiente delito en grado de tentativa. En este sentido SILVA SANCHEZ, *El nuevo Código Penal*, pp. 148 ss. y Teoría de la infracción penal, p. 181.

sobre el contexto social, el nuevo art. 578 CP nos obliga a la doctrina a retomar un debate sobre los límites legítimos del Derecho Penal que parecía definitivamente superado tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995 y la regulación de la apología en el art. 18 (trabajos como los de BELLOCH JULBE, GONZALEZ GUITIAN, MAQUEDA ABREU o MIRA BENAVENT vuelven a estar desgraciadamente de actualidad<sup>61</sup>). Se le puede conceder la razón a la Exposición de Motivos de la LO 7/2000 cuando señala que existen declaraciones y manifestaciones que precisan un reproche y una respuesta por parte de la sociedad, pero en una sociedad con un mínimo de estabilidad hay que fundamentar además que esa respuesta negativa se tenga que canalizar a través de la pena y que la sociedad necesite defenderse con el medio más brutal del que dispone frente a acciones que no pasan de la manifestación de opiniones; opiniones intolerables, pero opiniones al fin y al cabo (a no ser que el art. 578 se convierta en la práctica judicial en un delito de sospecha de que existe algo más que no se puede probar en el proceso o una presunción de una incitación genérica, indirecta, difusa, velada o subliminal a la comisión de delitos con los que no se puede precisar una relación causal). En la actuales aguas revueltas quizás queriendo pescar tiburones acabemos pescando sólo otros peces que nadan alrededor pero que no por ello son depredadores ni hay que tenerles miedo alguno porque no son peligrosos. Un precepto como el nuevo art. 578 es ilegítimo en cualquier sociedad democrática, sea cual sea la situación en la que ésta se encuentre.

No queda prácticamente espacio para una intervención penal legítima entre el art. 18 CP (la apología) y el respeto a la libertad de expresión. Aunque la Exposición de Motivos de la LO 7/2000 se intente justificar, de forma poco convincente, argumentando que « no se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni, menos aún, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad », se acaba castigando mediante el art. 578 CP exclusivamente el contenido de determinadas expresiones por el *animus* o la actitud interna con los que se realizan las mismas, pero no por sus consecuencias. Objetivamente se tipifica el contenido de expresiones que carecen de relación con un injusto concreto o que puedan dar lugar a una victimización concreta. Una prueba de ello es que el nuevo art. 578 tiene una penalización autónoma (de uno a dos años de prisión) no dependiente de la gravedad del supuesto injusto de referencia como

<sup>61</sup>. Vid. por todos, después de la entrada en vigor del CP 95, las referencias a la situación doctrinal anterior en FEIJOO SANCHEZ, *ICADE* N° 42, p. 123 y La Ley 98, p. 5 y DEL ROSAL BLASCO, "La apología delictiva", pp. 187 ss.

sucede en el código en general con los actos preparatorios o con otros preceptos específicos como el art. 577. No se trata, pues, en cierta manera de un injusto parcial o una parte de la organización de un delito y no existen asideros jurídicos para interpretarlo en ese sentido. Los problemas de legitimidad que plantean este tipo de soluciones en un Estado democrático de Derecho no necesitan ser expuestas.

Por otro lado tampoco se puede olvidar que estas tipificaciones autónomas de la apología carecen de eficacia contrastada para proteger bienes jurídicos. Desde luego no se conoce su utilidad y los datos empíricos indican más bien su inutilidad. Este tipo de normas tienen funciones difusas como dar la sensación de que se están buscando soluciones, responder a ciertos sentimientos colectivos, etc., pero no la de resolver problemas reales. Sólo hay que leer la Exposición de los Motivos que han llevado a crear este tipo y cómo se ha mezclado con la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o sus familiares para buscar una legitimidad por contacto<sup>62</sup>. Tenemos la experiencia de casi dos siglos de regulación de la apología durante los cuales ésta ha tenido una relevancia práctica anecdótica. En palabras de DEL ROSAL BLASCO<sup>63</sup>, « la tipificación legal de la apología delictiva, que ha conocido sus momentos de mayor «esplendor» legislativo en las épocas de más intensa actividad terrorista, no ha conseguido nunca, y esto es especialmente aplicable en los últimos lustros, modificar en lo más mínimo la evolución del fenómeno terrorista ni minar en un ápice el apoyo social del mismo ». La historia demuestra que este tipo de opciones más que aportar soluciones crean nuevos problemas. El legislador ha desconocido los conflictos que este tipo de tipificaciones han presentado en el pasado y ha quebrado una de las importantes y realmente progresistas aportaciones político-criminales del Código Penal de 1995. El nuevo art. 578 no tiene más que una función simbólica como refuerzo de una iniciativa política liderada por los dos partidos políticos mayoritarios y así debe ser entendida por los potenciales aplicadores de la norma.

La mera protección del orden público o de un clima o ambiente acorde al Derecho que en última instancia se encuentra en la trastienda del art. 578 CP

<sup>62</sup>. ¿Porqué es precisa sólo la intervención del Derecho Penal en éstos casos en relación al terrorismo? Por otro lado, la apología ha tenido tradicionalmente su fundamento en la seguridad de las víctimas potenciales o de las personas que se sienten amenazadas por la expresión, con lo cual no se entiende ese tratamiento unitario con comportamientos que tienen más que ver con los delitos contra el honor o con los delitos contra la integridad moral.

<sup>63</sup>. "La apología delictiva", p. 210.

debe realizarse por regla general en una sociedad estable a través de normas policiales como la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana. Ello no es sólo una cuestión específica relacionada con el terrorismo sino que debe dar lugar a una reflexión de carácter general sobre los medios de lucha de una sociedad democrática contra una criminalidad que no ha de ser entendida erróneamente en clave individual sino como macrocriminalidad, criminalidad organizada o criminalidad de grupo. Mediante ciertos instrumentos no penales se puede actuar no sólo contra personas individuales sino también contra colectivos que resultan especialmente preocupantes en este ámbito (realización de actos de apoyo y exaltación del terrorismo, organización de actos públicos o venta de publicaciones que inciten a la violencia xenófoba o racista, tráfico y utilización de determinados símbolos, etc.). Las medidas a adoptar pueden ser muy variadas y más eficaces que la pena en función del concreto problema delictivo que se pretenda prevenir: prohibición de actividades, intervención policial, sanciones con multas, inhabilitaciones, prohibición de organizar durante un tiempo actos públicos, etc. Aquí no es posible profundizar sobre determinados medios que puede tener a su alcance el ordenamiento jurídico distintos a la pena para declarar como antijurídicos ciertos actos criminógenos e impedirlos o prevenirlos. Baste insistir en que existen otros cauces para resolver ciertos agudos problemas sociales que no tienen un origen meramente individual y dichos cauces pueden ser más eficaces que la pena siempre que, evidentemente, se ejecuten respetando las garantías del Estado de Derecho —que son distintas en el Derecho Penal y en el Derecho policial por ser distintos sus instrumentos, sus fines y sus presupuestos—.

Todo ello obliga a una reflexión no sobre la más que dudosa legitimidad o constitucionalidad de concretos tipos penales como los arts. 510, 578 ó 607.2 CP sino de carácter más general sobre los límites entre los diversos sistemas de prevención de la delincuencia y si existen alternativas funcionales que permitan liberar al Derecho Penal de ciertas funciones que no le corresponden. Al mismo tiempo se debe reflexionar sobre la existencia de normas penales destinadas a un grupo restringido de sujetos y cómo conseguir, en todo caso, ya que por desgracia nos ha tocado vivir con ese tipo de normas, que no acaben afectando a cualquier persona (a los no-enemigos, a los que no está destinado ese tipo de norma) mediante criterios explícitos y no implícitos que muchas veces se tienen en la cabeza pero en pocas ocasiones se exteriorizan. Ciertos problemas recientes que han saltado a los medios de comunicación sobre la aplicación del nuevo art. 318 bis CP son una buena prueba de ello. Como señala JAKOBS<sup>64</sup> «es tarea aún recién iniciada de la ciencia la de identificar las re-

---

<sup>64</sup>. "La ciencia del Derecho penal", p. 141.

glas del Derecho penal de enemigos y separarlas de las del Derecho penal de ciudadanos » y, cabría añadir, que todavía no se sabe si esa labor puede conducir a algún resultado válido. Todo ello se puede canalizar a través de esta descripción funcional de este autor o cualquier otra que no camufle los problemas sociales y las realidades sociales subyacentes que explican (aunque no justifiquen) la existencia de ciertas normas.

2.3. *¿Son necesarias medidas de seguridad post-delictivas para sujetos plenamente imputables o semiimputables peligrosos?*

En relación con estas cuestiones relativas a las medidas preventivas de delitos es preciso hacer referencia a la difícil problemática de los delincuentes culpables pero que siguen siendo peligrosos después de cumplir su condena. El Derecho Penal de culpabilidad y penas no está pensado para luchar contra la habitualidad ni la reincidencia y por ello no puede proporcionar una respuesta satisfactoria<sup>65</sup>. Frente a esa situación nuestro ordenamiento no contempla un sistema normativo alternativo. GARCIA-PABLOS<sup>66</sup> ha señalado, por ejemplo, como el positivismo criminológico puso de manifiesto la inadecuación e insuficiencia de la pena retributiva en determinados supuestos donde la peli-

---

<sup>65</sup>. No se debe entender la referencia del texto como que considero que la agravante de reincidencia sólo tiene un fundamento preventivo-especial en nuestro ordenamiento y que se trata de una solución para la peligrosidad de los delincuentes culpables. La existencia de una reincidencia específica en el Derecho Penal español aboga más por una fundamentación basada en consideraciones preventivo-generales relacionadas con el mayor quebrantamiento o puesta en entredicho de la norma por parte del reincidente que una fundamentación basada en consideraciones preventivo-especiales basadas en la peligrosidad del autor. Se trata de una agravación tradicional que ha tenido cabida incluso en ordenamientos que claramente no tenían una orientación preventivo-especial. Creo que la prevención general positiva puede aportar una nueva perspectiva frente a esta agravación. La visión conjunta de la dinámica delictiva de un sujeto puede darle otro significado normativo a su comportamiento penalmente relevante y justificar una mayor reacción penal, sin que ello tenga que ver con una cuestión fáctica como la peligrosidad individual.

En mi opinión, el problema de la reincidencia, al igual que de otras circunstancias agravantes, no reside en que no se pueda fundamentar un mayor merecimiento y necesidad de pena por razones preventivo-generales o relacionadas con la culpabilidad por el hecho y no por la personalidad. El problema reside en el automatismo existente en nuestra legislación en la línea de nuestra tradición jurídica por la influencia francesa del S. XIX (que sigue siendo valorado positivamente por un sector de nuestra doctrina con base en la seguridad jurídica). Ese defecto ha provocado que en algunas ocasiones el T. S. con base en el principio de culpabilidad no haya respetado las reglas automáticas de agravación de la reincidencia.

<sup>66</sup>. PG, pp. 58 s.

grosidad del autor sugiere otro tipo de respuesta como en los casos en los que concurre peligrosidad con comisión culpable del delito, resaltando como « que el Código Penal no contemple la posibilidad de imponer medidas a imputables habituales y reincidentes rompe, también, con el origen histórico y ámbito de aplicación convencional de las medidas de seguridad ». Nuestro ordenamiento vigente ha renunciado a medidas de seguridad o de control para delincuentes que ya han cumplido la pena proporcionada a su hecho delictivo pero siguen encerrando una seria probabilidad de cometer delitos graves (aquí cabe hacer de nuevo referencia a la delincuencia organizada). El problema es especialmente preocupante en supuestos de semiimputabilidad. Evidentemente la opción político-criminal adoptada es una alternativa válida en la que priman las consideraciones relacionadas con las garantías individuales de los delincuentes que han cumplido su condena. Sin embargo, ello no significa que en el marco del Estado de Derecho no quepan otras soluciones para este problema que preocupa a la sociedad en la medida en la que exista proporcionalidad en la medida de seguridad o control<sup>67</sup>. La posibilidad de imponer este tipo de medidas de prevención de la delincuencia grave en casos muy excepcionales es un debate que debe continuar abierto ya que la deficiente regulación del art. 78 CP no aporta soluciones a este difícil problema en el que las ponderaciones valorativas resultan altamente complejas.

En los casos de semiimputables es precisa una reflexión sobre el sistema vicarial y las relaciones entre penas y medidas. Pero ello tiene que ver con el problema general que suscita el baremo de proporcionalidad de las medidas en el Código Penal. Obviando estas reflexiones ya expuestas creo que este tipo de consecuencias, aunque se encuentren ligadas a la previa comisión de un delito, no pueden ser consideradas materialmente como penales sino más bien de tipo policial. No se trata de medidas encaminadas a combatir la peligrosidad criminal exteriorizada en la comisión de un hecho delictivo, sino la peligrosidad criminal latente tras cumplir la pena adecuada al hecho delictivo cometido. A pesar de ello, teniendo en cuenta que desde altas instancias de la magistratura y del Consejo General del Poder Judicial, se ha resaltado la necesidad de prever

---

<sup>67</sup>. Se muestran por ello críticos con la regulación (o más bien omisión de regulación) del Código Penal de 1995 sobre culpables habituales y peligrosos de criminalidad grave: BACIGALUPO ZAPATER, *Revista Canaria de Ciencias Penales* 2000, pp. 9 ss.; CERESO MIR, que siempre ha mantenido la necesidad de estas medidas y por ello considera que esta falta de previsión es uno de los mayores defectos del código vigente en *La Ley* 96, pp. 1474 s.; GRACIA MARTIN, *Lecciones*, pp. 313 s., siguiendo a éste; JORGE BARREIRO, *AP* 2000, pp. 505, 516, recogiendo diversas soluciones que se han adoptado en otros ordenamientos; el mismo, *RDPC* 2000, p. 181.

alguna forma de internamiento o libertad vigilada para el reo peligroso que ya ha cumplido su condena, la doctrina penal española debería intentar reconducir este debate antes de que sea demasiado tarde para tener alguna influencia práctica. A pesar de que en mi opinión las medidas posteriores al cumplimiento de la condena no sean consecuencias penales, debe tenerse en cuenta en esa tensión permanente entre libertad o garantías individuales del delincuente potencial y seguridad de víctimas potenciales que se trata de medidas policiales aplicables a una persona que ha cometido un hecho punible. El juicio de proporcionalidad debe tener como dato de referencia la peligrosidad criminal existente tras el cumplimiento de la condena. Ese es el presupuesto de la medida y ésta sólo estará legitimada como medio de lucha adecuada y necesaria contra dicha peligrosidad que permanece tras el cumplimiento de la condena. Ello hace que se trate de medidas de prevención policial de delitos muy peculiares a las que la Ciencia del Derecho Penal no debe perder de vista. Este tipo de medidas pueden afectar al perfil del Derecho Penal español. Insisto además, como he hecho en otros lugares de este trabajo, que con independencia de su naturaleza como consecuencias penales o no, cualquier internamiento o restricción de libertad debe ser acordada por un órgano jurisdiccional.

Me da la impresión de que en los próximos tiempos la doctrina española tendrá que estar alerta y mantener la atención para que con respecto a determinados delitos, especialmente los ligados a la delincuencia organizada y a delitos llamativos para la opinión pública, no se intente ampliar la duración de las penas para que en vez de ser proporcionadas al hecho delictivo se conviertan ocultamente en medidas de seguridad o de inocuización para autores culpables. Las soluciones a las que les cerremos la puerta nos pueden acabar entrando por la ventana si se utilizan las penas para funciones que no le corresponden. Por desgracia, pueden volver debates a la opinión pública que, aunque superados por la Ciencia del Derecho Penal mediante contundentes argumentos racionales, una vez puestos en marcha no pueden ser frenados por una perspectiva científica o ilustrada. Puede que lo peor de la involución del Derecho Penal quede por venir y la LO 7/2000 no sea más que un anticipo de malos tiempos para la racionalidad<sup>68</sup>.

---

<sup>68</sup>. Vid. como ejemplo reciente los artículos de GARCIA-CALVO Y MONTIEL, *AP* 2000, pp. 1024 s. y MANZANARES SAMANIEGO, *AP* 2000, p. 1011, argumentando éste que la prisión perpetua reservada para gravísimos delitos como la violación seguida de asesinato o el asesinato terrorista «hubiera evitado más de una muerte por reincidencia de un psicópata sexual. O la preocupante y próxima puesta en libertad de algunos asesinos terroristas que, una vez cumplidas sus penas, siguen identificados con la banda como cuando fueron capturados».



## 2.4. Conclusión

Sólo pertenecen al Derecho Penal aquellas consecuencias con fines preventivos que tienen como presupuesto la comisión de un injusto penal. A pesar de que formalmente pueda resultar sencillo delimitar el alcance del Derecho Penal español, es precisa una reflexión sobre la necesidad de elaborar sistemas normativos ajenos o externos al Derecho Penal pero que lo refuerzan o apoyan y contribuyen de forma indirecta a la vigencia de las reglas esenciales de convivencia plasmadas en leyes penales. La inexistencia de este tipo de normas provoca en algunos casos que para evitar sensaciones de ineficacia el Derecho Penal se expanda cumpliendo funciones que legítimamente no puede cumplir o que no le son propias y que deben ser desempeñadas con otros instrumentos. El reciente art. 578 CP es un ejemplo de este tipo de normas ilegítimas.

## V. ¿SE DEBE PROMOCIONAR UN «DERECHO PENAL DE DOS VELOCIDADES»?

No quiero finalizar este trabajo dando la impresión de que lo que aquí se ha denominado Derecho Penal en sentido propio o estricto, orientado básicamente a la prevención general, representa un subsistema normativo compacto u homogéneo. El nuevo Código Penal ha dejado en evidencia que en realidad se trata de un sistema de doble función dependiendo del tipo de infracción penal (Derecho Penal nuclear o Derecho Penal accesorio).

Creo que por esa razón en tiempos recientes SILVA SANCHEZ<sup>69</sup> ha propuesto desarrollar un modelo de menor intensidad garantística dentro del Derecho Penal siempre y cuando las sanciones previstas para los ilícitos correspondientes no sean privativas de libertad. Es decir, dentro del Derecho Penal en sentido estricto habría que diferenciar entre las penas privativas de libertad y otras penas. Esta sugerente propuesta se mueve principalmente en un plano de *lege ferenda* pero puede exceder incluso dicha perspectiva. SILVA define este Derecho Penal sin privaciones de libertad de la siguiente manera: «la característica esencial de dicho sector seguiría siendo la judicialización (y la consiguiente imparcialidad), a la vez que el mantenimiento del significado «penal» de los injustos y de las sanciones, sin que éstas, con todo, tuvieran la repercusión personal de la pena privativa de libertad»<sup>70</sup>. Me centraré en esta

<sup>69</sup>. *La expansión*, pp. 115 ss.

<sup>70</sup>. *La expansión*, p. 124.

propuesta dejando de lado otras aportaciones realizadas fuera de nuestras fronteras sobre la actual situación del Derecho Penal analizando si deben potenciarse este tipo de alternativas de un Derecho Penal de dos velocidades.

Desde un punto de vista sociológico se podría llegar a afirmar que este tipo de reflexiones vienen motivadas por el desarrollo cada vez más acelerado de un Derecho Penal accesorio que tipifica hechos que suelen ser realizados por ciudadanos integrados socialmente que no es necesario ni conveniente que ingresen en centros penitenciarios para que la sanción cumpla sus fines preventivo-generales.

Este tipo de propuestas como la de SILVA SANCHEZ plantea problemas con las penas pecuniarias. Una de las características peculiares de la multa como pena consiste en la responsabilidad personal subsidiaria regulada en el art. 53 CP<sup>71</sup>. Por ello es difícil optar por un sistema de garantías distinto en estos casos cuando está en juego –aunque sea sólo de manera hipotética– la privación de libertad. No toda persona integrada dispone de medios económicos (aunque sí es cierto que siempre optará por los trabajos en beneficio de la comunidad). Cualquier propuesta de *lege ferenda* debe partir de una búsqueda de alternativas funcionales al art. 53 que, por ahora, no se vislumbran en el horizonte<sup>72</sup> o, como hace FERRAJOLI<sup>73</sup>, propugnar radicalmente la despenalización o administrativización de todos los ilícitos que contemplan como consecuencia una pena de multa. Por otro lado, el sistema básico de imposición de multas en el Código Penal es el sistema de días-multa (art. 50.2) cuya filosofía como pena excede la afectación patrimonial buscando una cierta restricción de libertad durante el tiempo de la condena mediante la privación de medios materiales (igualdad de sacrificio o de impacto).

---

<sup>71</sup>. Sobre esta cuestión en el marco de la discusión sobre la distinción entre injusto penal e injusto administrativo, GARCIA ALBERO, "La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo", p. 358.

<sup>72</sup>. Como señala CID MOLINE, *RAP* n° 140, p. 145, para evitar las sanciones consistentes en privación de libertad es preciso que los potenciales infractores dispongan de un bien con cuya privación puedan ser sancionados. Se trata más de un problema de capacidad de sufrir la sanción que de capacidad de infracción. El problema se encuentra según este autor en que mientras la libertad es un bien general otros bienes tienen el problema de que no son disfrutados por la generalidad de los individuos.

Sobre la búsqueda de alternativas, ROXIN, *Dogmática penal*, pp. 453 ss. y PJ n° 49, pp. 386 ss.

<sup>73</sup>. *Derecho y razón*, p. 715.

Si no se pueden salvar estas dificultades, sólo sería conveniente una solución de este tipo para las penas privativas de derechos y sólo para aquellas penas privativas de derechos que como la inhabilitación, la suspensión o la privación de permisos también están contempladas como sanciones administrativas. Sin embargo, llegados a este punto no se entiende porqué parece mejor privar al Derecho Penal de determinadas garantías que optar en sentido contrario por una solución en la que –por vía legal o interpretativa– en el Derecho Administrativo sancionador se tienda a unas garantías similares a las penales cuando las sanciones son coincidentes. Por otro lado, parece que se debe ser especialmente garantista no sólo con la pena privativa de libertad sino también con otras penas restrictivas de libertad general y no sólo sectorial como los trabajos en beneficio de la comunidad o las limitaciones a la libertad de residencia o a la libertad ambulatoria.

Otro problema que plantea la propuesta de SILVA SANCHEZ, que sin duda está pendiente de un ulterior desarrollo, es que quedan indefinidas cuáles serían las menores garantías a adoptar en estos supuestos (¿Exigencias distintas para la culpabilidad, sistema unitario o extensivo de autoría?), en la medida en que habría que seguir respetando el principio de legalidad. Por ejemplo, de *lege data* el Título preliminar y el Libro I afectan a todo el Libro II y al Libro III, salvo disposiciones específicas para el Libro III como el art. 15.2 o el art. 638 CP que no parecen ir en esa línea, sino más bien pretenden eliminar ciertas estructuras de imputación generales como la tentativa o la complicidad porque en esos casos no se entiende necesaria la intervención del Derecho Penal. La adopción de menores garantías materiales para determinadas infracciones sin una decisión expresa del legislador implicaría una infracción del principio de legalidad contemplado como garantía de todas las infracciones penales en el Título Preliminar. Lo mismo se podría decir de las garantías procesales, en la medida que las diversas garantías de cada proceso en función de la gravedad del delito están determinadas por la ley.

Por tanto, lo que se está proponiendo en realidad es una profunda reforma legislativa con el objeto de crear un sistema normativo distinto (con funciones, criterios y garantías distintos) a lo que hoy entendemos por Derecho Penal que se ubicaría entre éste y el tradicional Derecho Administrativo sancionador. Una especie de sistema de contravenciones o cuasi-penal similar a modelos del Derecho comparado como el portugués o el alemán. Este sistema se basaría en una responsabilidad más estandarizada o menos individualizada y, por ello, se podría ser menos exigente en los presupuestos personales de la sanción manteniendo las características garantías formales del Derecho sancionador (principio de legalidad con sus consecuencias –prohibición de analogía, irretroactividad, etc.–, principio *ne bis in idem*, etc.).

Como se expuso al principio de este trabajo el Derecho Penal dispone de ciertas garantías o características implícitas por su jurisdiccionalización que afectan a sus posibilidades de evolución<sup>74</sup>. Más bien habría que plantearse una vez más si ciertas sanciones administrativas de carácter no patrimonial sino altamente personal como las inhabilitaciones no deberían ser impuestas en un procedimiento judicial (no penal) y no directamente por la Administración. Es decir, si no habría que enriquecer materialmente algunos aspectos del Derecho Administrativo sancionador en lugar de administrativizar ciertos preceptos residuales del Derecho Penal en los que sólo se contemplan penas privativas de derechos existentes en otras instancias de Derecho Público. Ello evitaría una huida al Derecho Penal por razones garantistas. Pero esta ya es una cuestión de política jurídica general que no afecta al Derecho Penal vigente y que desde una perspectiva de *lege ferenda* afecta de forma más directa a una Parte General de un Derecho de sanciones no penales todavía pendiente de desarrollo<sup>75</sup>.

Parece más bien que con respecto a determinadas infracciones no existen razones, debido a que conducen como consecuencia al mismo tipo de restricción o limitación de derechos, para establecer criterios de imputación y garantías distintos. No parece que tenga mucha lógica que de la imposición de una misma sanción se ocupen o no directamente los órganos de justicia dependiendo de su calificación formal. Habría que reflexionar en primer lugar si la carga simbólica o fuerza comunicativa depende no en exclusiva pero sí en gran medida de la consecuencia, sobre todo cuando es impuesta por un órgano jurisdiccional (aunque no sea estrictamente penal); en segundo lugar si no convendría crear un sistema sancionador que aúne las sanciones punitivas que no tienen que ver con la privación de libertad o la restricción de libertad general con las sanciones administrativas de índole más personal como las inhabilitaciones (o sanciones equivalentes para empresas y personas jurídicas). Existen infracciones penales y administrativas que desempeñan funciones similares y que no precisarían criterios de imputación diversos ni garantías distintas debido a que sus consecuencias jurídicas son similares (¿Derecho de contravenciones? ¿Derecho de infracciones administrativas cualificadas? ¿Dere-

<sup>74</sup>. Lo que no desconoce SILVA SANCHEZ, *La expansión*, pp. 120, 124.

<sup>75</sup>. CID MOLINE, *RAP* n° 140, p. 142 ha planteado una incipiente teoría general en este sentido distinguiendo entre tres clases de sanciones por orden de gravedad:

Las sanciones de gravedad máxima son las materialmente penales, caracterizadas por privar o limitar gravemente con carácter general la libertad de actuación (por ejemplo, penas privativas de libertad).

Las sanciones de gravedad intermedia que son las que privan de una esfera concreta pero básica de la libertad de actuación (por ejemplo, inhabilitación y suspensión).

Las sanciones de gravedad mínima como las patrimoniales y las que privan de una esfera concreta pero secundaria de la libertad de actuación (por ejemplo, privación del permiso de conducción).

cho de infracciones cuasi-penales?)<sup>76</sup>. Por ejemplo, como menciona SILVA, se podrían establecer soluciones similares para cuestiones como las de la responsabilidad de las personas jurídicas, el sistema de regulación de la autoría y de las formas imperfectas de ejecución o la determinación de la vencibilidad del error. Sobre este problema se precisa en nuestro país una reflexión de política jurídica general (no sólo político-criminal) que SILVA SANCHEZ ha tenido el mérito de promover<sup>77</sup>.

El Derecho Penal vigente tiene una determinada finalidad o función de la que se derivan las estructuras de imputación y las garantías que le son propias y ello tiene que ver con el sentido de la pena estatal, con independencia de cómo sea esa pena en concreto. Mientras ello sea así creo que no conviene desarrollar un Derecho Penal materialmente heterogéneo o de dos velocidades (aunque puedan existir diversos tipos de procesos según la gravedad del hecho a enjuiciar o se pueda renunciar a ciertas estructuras de imputación como la tentativa o la complicidad en los casos más leves<sup>78</sup>). Más bien parece que hay un Derecho Penal no nuclear que no se merece tal nombre y que forma parte del Derecho Penal vigente porque el Derecho Administrativo sancionador tal y como está configurado no resulta una alternativa funcionalmente válida. Esas normas no cumplirían los fines propios del Derecho Penal y, por ello, no precisarían las construcciones dogmáticas ni las garantías de un Derecho Penal que en sentido material se merezca dicho calificativo. Pero para ello deben ser expulsadas del ordenamiento penal. Ello permitiría soluciones más flexibles con respecto, por ejemplo, a ciertos delitos socioeconómicos o delitos que protegen bienes jurídicos colectivos o cuando es preciso anticipar la prevención a fases anteriores a la ejecución del delito. Sin embargo, mientras no se plasme una solución de ese tipo en nuestro ordenamiento, deberán interpretarse todas las normas penales de acuerdo a las finalidades y principios de la imputación jurídico-penal y, por tanto, estar sometidas a las mismas estructuras de imputación y garantías. Más allá de una necesaria y pendiente reflexión sobre cómo estratificar el Derecho sancionador la propuesta de SILVA, si se entiende como el desarrollo de un doble espíritu o talante a la hora de interpretar y aplicar los diversos apartados de nuestro heterogéneo Derecho Penal, encierra unos riesgos político-criminales de imprevisibles consecuencias incluso para el Derecho Penal nuclear (el de las consecuencias más graves como la privación de libertad) que obligan a la cautela.

<sup>76</sup>. Sobre esta cuestión en profundidad, CID MOLINE, *RAP* n° 140, pp. 141 ss.

<sup>77</sup>. Vid. GOMEZ TOMILLO, *AP* 2000, pp. 87 s.

<sup>78</sup>. Esta renuncia sería especialmente deseable mediante criterios generales en lo que se viene denominando nuevo Derecho Penal. Por ejemplo, en muchas figuras de los delitos contra la seguridad colectiva o en los delitos contra la ordenación del territorio.

Los estudios sobre los límites entre la responsabilidad penal y la responsabilidad administrativa ponen en evidencia que frente a ilícitos que cualitativamente pertenecen claramente a uno u otro ámbito existe una zona gris intermedia que no tiene que ser tratada con la pena pero para la que el Derecho Administrativo por su carácter extrajudicial resulta insuficiente. La existencia del Libro III relativo a las Faltas, sobre todo aquellas que no tienen que ver con ciertos delitos del Libro II, también lo pone en evidencia. En los delitos de nueva generación en muchas ocasiones se yuxtaponen las funciones preventivas del Derecho Penal y del Derecho sancionador en general (no siendo siempre el Derecho Penal la peor opción para el infractor). No es extraño que proliferen trabajos y resoluciones sobre el principio *ne bis in idem* y las relaciones entre el Derecho Penal y otras ramas del ordenamiento. Esas cuestiones son síntomas de ciertos rasgos del Derecho Penal moderno que tiene muy ocupada en los últimos tiempos a la Ciencia del Derecho Penal<sup>79</sup> que parece ir a remolque de los acontecimientos. En este sentido sería conveniente desarrollar un sistema que entre dos zonas de responsabilidades claramente penales y no penales establezca una zona intermedia de responsabilidad cuasi-penal que sea procesada ante órganos de justicia y tenga fines preventivo-generales (aunque también se pueda desarrollar en paralelo un sistema preventivo-especial o policial) manteniendo el Derecho Penal como un sistema normativo cualitativamente distinto o cualificado<sup>80</sup>.

<sup>79</sup> Vid. por todos el análisis que ya MUÑOZ CONDE, *La Ley* 1996, pp. 1339 s. realizó de la parte especial del Código Penal en el momento de su entrada en vigor.

<sup>80</sup> En qué medida esta propuesta puede coincidir con el Derecho de Intervención de HASSEMER (RP n° 1, p. 40, AP 93, p. 646) que sin duda ha motivado las reflexiones de SILVA SANCHEZ resulta difícil de determinar por la inconcreción e imprecisión de la propuesta de este autor, aspecto ya criticado en nuestra doctrina por GOMEZ TOMILLO, AP 2000, pp. 75, 80 y SILVA SANCHEZ, *La expansión*, p. 119. Como señala el propio HASSEMER parecidas reflexiones a las suyas se pueden encontrar en NAUCKE, *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensdogmatik*, pp. 35 ss.

Es evidente que no tiene nada que ver con la propuesta de LÜDERSSEN, *Vom Guten, das nicht stets das Böse schafft*, p. 274, que define este Derecho de Intervención como un Derecho orientado a la reparación y, de ser necesario, a la resocialización. Ello está en consonancia con su visión personal del Derecho Penal. LÜDERSSEN, a diferencia de HASSEMER, es un defensor de la prevención especial en lugar de la general y mantiene una postura muy crítica frente al Derecho Penal vigente que pretende sustituir no sólo por medidas de prevención especial sino también por consecuencias reparadoras. Por ello su desarrollo de un Derecho de la Intervención presenta características distintas buscando que la distinción entre un Derecho Penal nuclear y un Derecho de Intervención no se convierta en una distinción entre un Derecho Penal de marginados y un Derecho Penal de personas socializadas, que es uno de los problemas que plantea la propuesta de HASSEMER. Críticos también con LÜDERSSEN JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 37, con nota 25 y ROXIN PG, 2/31.

En qué medida el Derecho Penal de un futuro no muy lejano se desarrollará de forma homogénea o provocará una escisión entre un Derecho Penal nuclear y otro accesorio o de contravenciones con presupuestos y garantías distintos resulta en estos momentos difícil de pronosticar. Lo que es evidente es que esta es una cuestión que tendrá ocupada a la doctrina en los próximos años, sobre todo aquella preocupada por el creciente proceso de expansión, intervencionismo y administrativización del Derecho Penal moderno que precisa soluciones imaginativas. Si el Derecho Penal mantiene la evolución presente y por la complejidad de la sociedad se va ocupando cada vez de más y más conflictos y problemas sociales produciendo un efecto de expansión de la parte especial ello tendrá consecuencias en el sistema de sanciones y en el Derecho procesal<sup>81</sup>. Si aumentan las infracciones extrapenales cualificadas en el ordenamiento penal éste tendrá que ir cambiando su perfil. Con respecto a la pequeña y mediana delincuencia las respuestas penales tras el correspondiente procedimiento (incluso durante el mismo) se tendrán que hacer cada vez más diversas, flexibles y con mayores alternativas, no reduciéndose a las penas o medidas tradicionales (por ejemplo, la reparación). Las cuestiones relativas a la determinación judicial de la pena en sentido amplio van cobrando mayor relevancia una vez que la condena cumple su función simbólica. Estas mutaciones del Derecho Penal material afectan sin duda también al proceso penal (flexibilización, privatización, diversión<sup>82</sup>, etc.). La creciente existencia de injustos penales de escasa gravedad en cuanto a sus consecuencias provoca que los procesos penales deban transformarse<sup>83</sup>. Junto a los procesos del Derecho Penal nuclear se irán desarrollando procedimientos abreviados o simplificados. Como señala HASSEMER<sup>84</sup> «las incriminaciones masivas en el Derecho Penal material producen estrategias de actuación también masivas en el Derecho procesal penal». Al mismo tiempo se están buscando soluciones procesales a la expansión del Derecho Penal (condiciones de perseguibilidad –arts. 287, 296, etc.–, acuerdos sin vista oral, etc.). No sería extraño a esta evolución que se acabaran introduciendo normas que regularan el principio de oportunidad, lo cual no sería más que un síntoma del progresivo proceso de administrativización del Derecho Penal español.

Desde un punto de vista político-criminal la opción a favor de un desarrollo unitario de un Derecho Penal de dos velocidades implica admitir que se siga optando en ciertos casos por una «huida» hacia el Derecho Penal en el tra-

<sup>81</sup>. Coincide en gran parte con el diagnóstico del texto, ROXIN, *Dogmática penal*, pp. 448 ss. y *PJ* n° 49, pp. 383 ss.

<sup>82</sup>. Favorable a la diversión ROXIN, *PJ* n° 49, p. 380.

<sup>83</sup>. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 417.

<sup>84</sup>. *AP* 93, p. 644.

tamiento jurídico de conflictos sociales derivada simplemente de la jurisdiccionalización de la resolución del conflicto y no por razones materiales o estrictamente político-criminales. Nuestro concepto de qué es la responsabilidad penal dependerá en el futuro de estos datos.

## VI. REFLEXIONES FINALES

1. El término responsabilidad penal tiene un contenido amplio que obliga a la cautela y a mayores especificaciones<sup>85</sup>. La constatación de que un determinado hecho genera responsabilidad penal no resulta suficiente para conocer el fundamento de dicha responsabilidad. Por ejemplo, una expresión como responsabilidad penal de personas jurídicas resulta equívoca si no se concretan los fundamentos y fines de dicha responsabilidad. Lo decisivo es determinar cuál es el tipo de prevención o fin preventivo de cada sistema normativo de los que configuran el Derecho Penal vigente. De dicho fin es de donde se derivan los correspondientes presupuestos y garantías que no tienen que ser idénticos en cada sistema. Si el Derecho Penal ha venido creando sistemas diferenciados de responsabilidad penal para cumplir funciones que la pena no puede cumplir se debe respetar coherentemente la autonomía de cada uno de esos sistemas.

2. No sólo es básico diferenciar las consecuencias penales de las que no lo son sino también entre consecuencias penales que tienen básicamente fines preventivo-generales (pena y quizás comiso de ganancias en la medida en la que actúa como refuerzo de ésta) de las que tienen básicamente fines preventivo-especiales (medidas de seguridad, sanciones para menores de edad, comiso de efectos e instrumentos, consecuencias para empresas y personas jurídicas), aunque se trate de consecuencias que también puedan cumplir indirecta o latentemente otros fines. Los problemas del denominado fraude de etiquetas no sólo aparecen cuando a las consecuencias preventivo-especiales se les quiere hacer cumplir funciones de prevención general sin respetar las garantías derivadas del principio de culpabilidad (v gr. medidas de seguridad o educativas preventivo-generales), sino también cuando la pena es instrumentalizada para fines que no le corresponden. Se debe diferenciar claramente no sólo por razones conceptuales sino también garantistas un Derecho Penal de la culpabilidad de un Derecho Penal de la peligrosidad.

---

<sup>85</sup>. En mi opinión, el término responsabilidad criminal utilizado por el Código Penal va referido a todos los presupuestos necesarios para poder imponer una pena (principio de culpabilidad). En el texto me refiero todavía a una utilización más amplia del concepto de responsabilidad referido a cualquier consecuencia penal. Cfr. ya anteriormente BUSTOS RAMIREZ, "Imputabilidad y edad penal", pp. 473 ss.



3. La reciente LO 7/2000 nos obliga a desarrollar una nueva reflexión sobre los límites entre un Derecho Penal que se merezca materialmente tal denominación y un Derecho de prevención policial de delitos, incluyendo en éste la vieja cuestión de los imputables que han realizado hechos delictivos graves, que tras cumplir su condena siguen siendo excepcionalmente peligrosos y que existen indicios claros (tipo de personalidad, pertenencia a una organización criminal o terrorista, etc.) de que es probable que vuelvan a cometer el mismo tipo de hechos.

4. También es preciso hacer un esfuerzo para estratificar funcionalmente las sanciones preventivo-generales del Derecho español distinguiendo entre diversos subsistemas normativos. La tradicional distinción entre Derecho Penal y Derecho Administrativo se está mostrando insuficiente y ello seguirá generando diversas reflexiones en el plano de *lege ferenda* por las dificultades y tensiones que genera el actual modelo de Derecho sancionador español.

5. La sociedad tiene ciertas demandas de seguridad no siempre ficticias o irracionales, unas veces con respecto a riesgos generales (por ejemplo, la enfermedad de las vacas locas) y otras con respecto a la delincuencia. Si el ordenamiento carece de instrumentos idóneos para resolverlas acaban siendo tratadas por el Derecho Penal aunque éste carezca de un instrumental adecuado para resolver ciertos problemas de seguridad de las sociedades contemporáneas. Hablar de un Derecho Penal mínimo (FERRAJOLI, BARATTA) o denunciar la insostenible situación o el insostenible perfil del Derecho Penal (escuela de Frankfurt<sup>86</sup>) no resuelve los problemas reales si no se reflexiona sobre las alternativas. Los ciudadanos ya no miran con recelo o desconfiada mente al Estado, sino que le piden que intervenga para proteger ciertos intereses que sólo éste puede tutelar y para proporcionarles seguridad. A veces da la sensación de que un sector de la Ciencia del Derecho Penal mantiene una concepción de las relaciones entre el Estado y la sociedad que no está actualizada sino que corresponde a la época de la Ilustración.

6. Sólo una política-criminal global que pueda dilucidar qué demandas de la opinión pública se pueden canalizar legítima y eficazmente a través del Derecho Penal y qué soluciones parciales puede aportar éste a dichas demandas está en condiciones de que las aportaciones científicas no sigan un camino distinto al del orden social que el Derecho Penal tiene que proteger (aunque no se

---

<sup>86</sup>. Vid. por todos, NAUCKE, *La insostenible situación*, p. 549: «El Derecho Penal ha quedado en una insostenible situación; ya ha nacido ese algo distinto del Derecho penal, pero no es en absoluto mejor que el Derecho penal».

trate ciertamente de una sociedad idílica ilustrada sino de una sociedad marcada por el consumo diario de telebasura y de revistas del corazón<sup>87</sup>). No es posible ni útil una política criminal desligada de su tiempo y de las realidades sociales. Como ha señalado HASSEMER «una política criminal racional no consiste en estigmatizar como tal la irracionalidad social y entonces ignorarla, sino en transformarla en racionalidad»<sup>88</sup>. Hoy en día la Ciencia del Derecho Penal no puede olvidar que la evolución del contenido y alcance del Derecho Penal se ha escapado a su influencia directa y depende más bien de factores sociales que no puede ignorar.

---

<sup>87</sup>. Evidentemente adopta una postura metodológica distinta la conocida Escuela de Frankfurt liderada por HASSEMER. Llama la atención la confianza poco fundada de estos autores en que en general la sociedad postindustrial puede solucionar mejor sus problemas o de forma más sincera y menos engañosa sin la intervención del Derecho Penal. He omitido en este trabajo una exposición de la postura de esta escuela y las acertadas críticas que ha recibido por tratarse de un debate de sobra conocido a estas alturas en la doctrina española. Haciendo referencia exclusivamente al plano metodológico, no he asumido la línea de este difuso movimiento político-criminal por su excesivo idealismo que ha trazado como meta un retorno a un Derecho Penal liberal ideal como modelo de Derecho Penal clásico que como se le ha objetado nunca ha existido y que, desde luego, en la actualidad sería completamente disfuncional. Lo que queda por desarrollar es una política-criminal moderna alternativa a la de estos autores, pero ello precisa una monografía específica. Existen caminos intermedios entre el acriticismo funcionalista de un autor como JAKOBS y la crítica global al estado actual de la sociedad como vía crítica del Derecho Penal vigente. El trabajo de SILVA SANCHEZ sobre La expansión del Derecho Penal me parece el umbral de una nueva ciencia político-criminal, aunque alguna de sus propuestas no haya sido aceptada en este trabajo.

<sup>88</sup>. *RP* nº 1, p. 40.

Sin embargo, frente a este autor cabe señalar que desde nuestra disciplina no se puede desarrollar científicamente una teoría política que se ocupe críticamente del clima, de la actitud o de la cultura políticos existentes. La denominada política del Derecho Penal que tendría que ocuparse de estas cuestiones excede del análisis posible de nuestra disciplina si no se tiene en cuenta sólo como dato fáctico para explicar el Derecho vigente. La política criminal sólo puede discutir sobre normas o posibles normas pero no sobre la situación y evolución de la sociedad aunque ésta condicione el estado del Derecho Penal vigente. Es evidente que es difícil sustraerse como penalista a ciertas valoraciones políticas generales, pero como ha señalado JAKOBS (*Sociedad, norma y persona*, p. 41) en referencia a WEBER el Derecho Penal «es impotente frente a los cambios políticos de valores, y no puede optar a favor de los cambios políticos de valores». Ello obliga a regresar a una política-criminal entendida metodológicamente en sentido más tradicional (paradigmáticos en la actualidad ROXIN y FRISCH). Si se decide en sentido contrario ir frontalmente contra los tiempos entonces la perspectiva científica, técnico-jurídica o ilustrada quedará completamente fuera de cualquier influencia práctica. No se pueden romper los vínculos con la realidad social aunque personalmente se mantenga una postura crítica contra el espíritu de los tiempos que corren.

7. La evolución previsible del Derecho Penal no parece ser el del camino hacia su progresiva desaparición como muchas veces se ha pronosticado, sino el de una paulatina transformación en paralelo a la evolución del orden social que le ha tocado proteger o estabilizar y, por ello, la Ciencia del Derecho Penal debe amoldarse a las nuevas coordenadas sociológicas y a ciertos datos fácticos. Una ciencia que no tenga en cuenta la evolución de la sociedad acabará refiriéndose a un Derecho Penal que sólo existe en los trabajos teóricos y acabará sin tener incidencia alguna en la praxis. Si no se puede detener el proceso de transformación actual al menos se debe intentar que no sea completamente insatisfactorio. Este trabajo sólo ha pretendido ser una pequeña contribución a ese empeño partiendo de un juicio muy personal sobre la situación actual y las necesidades de la sociedad española.

## BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO ZAPATER, E.: "Dogmática y política criminal del Código penal español de 1995". En: *Revista Canaria de Ciencias Penales* 2000 (nº 6).
- BARATTA, A.: "Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica". En: *Pena y Estado* nº 1 (1991). La función simbólica del Derecho Penal.
- BUSTOS RAMIREZ, J.: "Imputabilidad y edad penal". En: *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona*, San Sebastián, 1989.
- CEREZO MIR, J.: "Consideraciones político-criminales sobre el nuevo Código Penal de 1995". En: *La Ley* 1996.
- *Derecho penal. Parte general-Lecciones*, 2ª ed., Madrid, 2000.
- CID MOLINE, J.: "Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)". En: *RAP* 96 nº 140.
- CUELLO CONTRERAS, J.: *El nuevo Derecho penal de menores*, Madrid, 2000.
- CUERDA ARNAU, M. L.: "El denominado delito de apología del genocidio. Consideraciones constitucionales". En: *Revista del Poder Judicial* nº 56.
- FEIJOO SANCHEZ, B.: *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*, Madrid, 1997.
- "Los delitos de genocidio". En: *ICADE* 97 (nº 42).
- "Reflexiones sobre los delitos de genocidio (artículo 607 del Código Penal)". En: *La Ley* 98, Cuadernillo nº 4693.
- FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, 1995.
- GALLAS, W.: *Beiträge zur Verbrechenlehre*, Berlín, 1968.
- GARCIA ALBERO, R.: "La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos". En: *El Nuevo Derecho penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001.
- GARCIA ARAN, M.: *Fundamentos y Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995*, Pamplona, 1997.

- GARCIA PEREZ, O.: "La evolución del sistema de justicia penal juvenil. La ley de Responsabilidad Penal del Menor de 2000 a la luz de las directrices internacionales". En: *AP* 2000.
- GARCIA-CALVO Y MONTIEL, R.: "Terrorismo y tipificación penal". En: *AP* 2000.
- GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Derecho Penal. Introducción*, 2ª ed., Madrid, 2000.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: "La contrarreforma penal de 1995". En: *El Nuevo Derecho penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001.
- GOMEZ TOMILLO, M.: "Consideraciones en torno al campo límite entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal". En: *AP* 2000.
- GRACIA MARTIN, L.: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 1998.
- HASSEMER, W.: "Crisis y características del moderno Derecho Penal". En: *AP* 93.
- "Perspectivas del Derecho penal futuro". En: *RP* nº 1.
- *Persona, mundo y responsabilidad*, Valencia, 1999.
- HASSEMER, W./MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Valencia, 1989.
- HERZBERG, R. D.: "Reflexiones acerca del concepto jurídico penal de acción y de la negación del delito «pretípica»". En: LUZON PEÑA (edit.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Madrid, 1999.
- JAKOBS, G.: "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung". En: *ZStW* 97.
- *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlín, 1991.
- *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, Munich, 1992.
- *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Madrid, 1996.
- "Bemerkungen zur objektiven Zurechnung". En: *Hirsch-FS*, Berlín, 1999.
- "La Ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente". En: *Escuela de Verano del Poder Judicial*, Galicia, 1999.
- JORGE BARREIRO, A.: "El sistema de sanciones en el Código penal español de 1995". En: *ADP* 96.
- "Directrices político-criminales y aspectos básicos del sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995". En: *AP* 2000.
- "El enfermo mental delincuente y peligroso ante el Código Penal de 1995". En: *RDPC* 2000.
- JOSHI JUBERT, U.: "Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la anti-juridicidad". En: *ADP* 89.
- KINDHÄUSER, U.: *Gefährdung als Straftat*, Frankfurt, 1989.
- LANDA GOROSTIZA, J. M.: "La llamada «mentira de Ausschwitz» (art. 607.2º CP) y el «delito de provocación» (art. 510 CP) a la luz del «caso Varela»: una oportunidad perdida para la «cuestión de inconstitucionalidad» (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998)". En: *AP* 99.
- LASCURAIN SANCHEZ, J. A.: "La proporcionalidad de la norma penal". En: *Cuadernos de Derecho Público* 1998.
- LESCH, H. H.: *Der Verbrechensbegriff: Grundlinien einer funktionalen Revision*, Colonia, 1999.
- "Injusto y culpabilidad en Derecho Penal". En: *RDPC* 2000.

- LÜDERSSEN, K.: "Zurück zum guten, alten, liberalen, anständigen Kernstrafrecht?" En: BOLLINGER/LAUTMANN (edits.), *Vom Guten, das nicht stets das Böse schafft. Kriminalwissenschaftliche Essays zu Ehren von Herbert Jäger*, Frankfurt, 1993.
- LUZON PEÑA, D-M.: *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1996.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: "Reformas penales en materia de terrorismo". En: *AP* 2000.
- MAPELLI CAFFARENA, B.: "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal". En: *RP* nº 1.
- MATALLIN EVANGELIO, A.: "La capacidad de culpabilidad de los sujetos sometidos a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores". En: *Estudios Penales y Criminológicos XXII* (1999-2000).
- MIR PUIG, S.: "Los términos «delito» y «falta» en el Código Penal". En: *ADP* 73.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Adiciones de Derecho español al Tratado de Derecho penal de Jescheck*, Barcelona, 1981.
- Introducción a ROXIN, *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, Madrid, 1981.
  - "Monismo y dualismo en el Derecho penal español". En: *Estudios penales y criminológicos VI* (1983).
  - "Medidas de seguridad en la reforma de 1983 y en la PANC: ¿monismo o dualismo?" En: *RFDUC* nº 6 (1983).
  - *Derecho penal y control social*, Jerez, 1985.
  - *El nuevo Código penal. La reforma necesaria*, Cádiz, 1992.
  - "El «moderno» Derecho Penal en el nuevo Código Penal. Principios y tendencias". En: *La Ley* 1996.
- NAUCKE, W.: *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensdogmatik*, 1985.
- "La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado". En: AREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA (ed. española), *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada, 2000.
- PUIG PEÑA, F.: *Derecho Penal. Parte General*, Tomo II, 6ª ed., Madrid, 1969.
- QUINTERO OLIVARES, G./ MUÑOZ CONDE, F.: *La reforma penal de 1983*, Barcelona, 1983.
- RODRIGUEZ MOURULLO, G.: "Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad". En: *RGLJ* 65.
- "Medidas de seguridad y Estado de Derecho". En: *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, Valencia, 1974.
  - *Derecho penal. Parte General*, Madrid, 1978.
  - *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997.
- DEL ROSAL BLASCO, B.: "La apología delictiva en el nuevo Código Penal de 1995". En: *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte General)*, Madrid, 1996.
- ROXIN, C.: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3ª ed., Munich, 1997.
- *Dogmática penal y política criminal*, Lima, 1998.
  - "¿Tiene futuro el Derecho Penal?" En: *PJ* nº 49.
- SANCHEZ GARCIA DE PAZ, I.: "La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor". En: *AP* 2000.
- SCHILD, W.: "Strafrechtsdogmatik als Handlungslehre ohne Handlungsbegriff". En: *GA* 95.

- SCHMIDT, E.: "Franz v. Liszt und die heutige Problematik des Strafrechts". En: *Gierke-FS*, Berlín, 1950.
- SCHÜNEMANN, B.: "Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania". En: GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (eds.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, 1994.
- SILVA SANCHEZ, J-M: "Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de «reparación»". En: *PJ* nº 45.
- "Teoría de la infracción penal, regulación de la imprudencia, la comisión por omisión y los actos previos a la consumación". En: *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte General)*, Madrid, 1996.
  - *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997.
  - *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 1999.
  - "La posición de la víctima en el marco general de la función del Derecho Penal". En: *Revista peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, nº 1 (2000).
- SILVELA, L.: *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España II*, Madrid, 1879.
- VIVES ANTON, T. S.: "Constitución y Derecho penal de menores". En: *PJ* nº 21.
- *Comentario al art. 6. Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia, 1996.